

〈특집: 일제강제징용사건 대법원 판결에 대한 종합적 연구〉

강제징용배상 및 임금 청구의 준거법^{*,**}

石 光 現^{***}

요 약

이 사건들의 일차적 쟁점은 일제강점기 강제징용을 당한 노동자들의 손해배상청구와 미지급 임금청구를 기각한 두 개의 일본판결(하나는 미쓰비시에 대한 것이고 다른 하나는 신일본제철에 대한 것임)이 우리나라에서 승인될 수 있는가이다. 2012. 5. 24. 선고된 두 개의 대법원판결(“대상판결”)은 승인공서의 맥락에서 헌법의 핵심적 가치를 동원함으로써 일본판결의 승인을 거부하고 나아가 앞으로 준거법공서의 맥락에서도 동일한 접근방법을 취할 것을 시사하였으며, 구 미쓰비시와 피고가 동일한 법인인가를 판단하면서 준거법공서위반을 이유로 일본법의 적용을 배척하였다. 대상판결은 원고등의 채권의 소멸시효의 완성(또는 제척기간의 경과)에 의하여 소멸하였는지의 여부와 항변에 대해 불법행위채권과 임금채권의 준거법을 각각 적용하였는데 이는 타당하다. 다만 대상판결이 임금채권의 준거법에 관하여 피고의 소멸시효(또는 제척기간)의 항변을 인정하는 것이 일본 민법상으로도 권리남용이라고 판단한 것은 의문이다. 대상판결로서는 소멸시효(또는 제척기간)의 항변에 대하여 일본법을 적용하는 것이 준거법공서위반이라는 식으로 실시하는 것이 옳았을 것이다.

주제어: 징용, 준거법, 시제법, 헌법적 가치, 국제적 공서, 법인격, 권리남용

* 이 논문은 서울대학교 법학연구소 기금의 2012년도 학술연구비 지원을 받았다.

** 이 논문은 2013. 5. 10. 서울대학교 법학연구소가 개최한 “일제강제징용사건 대법원 판결에 대한 종합적 연구” 학술대회에서 발표한 원고를 다소 수정·보완한 것이다. 필자는 대상판결의 선고 전 2011. 9. 27. 대법원 비교법실무연구회에서 “일제강점기 강제징용된 노동자들의 손해배상 및 임금 청구를 기각한 일본 법원 확정판결의 승인 여부”라는 제목으로 발표한 바 있으나 이는 공간되지 않았다. 한편 대상판결 선고 후 2012. 11. 14. 개최된 한국국제사법학회와 세계국제법협회(ILA) 한국지부의 공동학술대회에서 필자가 발표한 “강제징용배상에 관한 일본판결의 승인 거부”라는 제목의 글은 **국제사법연구**, 제19권 제1호(2013. 6), 103면 이하에 수록되었다.

*** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

대상판결

대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결(미쓰비시 사건 판결)

대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결(신일본제철 사건 판결)¹⁾

I. 머리말

1. 사안의 개요와 논점의 정리

가. 사안의 개요와 소송경과

이 사건은, 1944년 일본의 국민징용령²⁾에 의하여 강제징용되어 1945. 8. 6. 히로시마에 원자폭탄이 투하될 때까지 일본 회사인 미쓰비시중공업 주식회사(이하 “구 미쓰비시”라고 한다)에서 강제노동에 종사한 한국인들 또는 그의 유가족(이하 “원고등”이라 한다)이 구 미쓰비시가 해산된 후 새로이 설립된 피고 미쓰비시중공업 주식회사(이하 “미쓰비시”, “피고” 또는 “피고회사”라고 한다)를 상대로 국제법 및 국내법 위반으로 인한 불법행위를 이유로 한 손해배상과 미지급 임금의 지급을 구한 사건이다. 원고등은 이 사건 소에 앞서 일본에서 피고를 상대로 제소하여 히로시마고등재판소에 소송계속 중 우리나라에 동일 당사자 간에 동일한 소송물에 관하여 제소하였다. 그 결과 국제적 소송경합이 발생하였으나 제1심판결³⁾은 ‘승인예측설’⁴⁾을 따라 장래 선고될 일본 법원의 판결이 승인되지 않을 것으로 예측

1) 신일본제철 사건 판결과 미쓰비시 사건 판결의 취지는 유사하다. 이하 미쓰비시 사건 판결을 대상판결로 논의한다. 위 대법원 판결에 따라 최근 과거 환송심 판결이 선고되었다. 신일본제철 사건에서는 서울고등법원 2013. 7. 10. 선고 2012나44947 판결이고, 미쓰비시 사건에서는 부산고등법원 2013. 7. 30. 선고 2012나4497 판결이 그것인데, 전자는 원고등이 청구하는 바에 따라 위자료로 각 원고에게 1억원을, 후자는 각 원고에게 8천만 원을 각 지급할 것을 명하였다. 이에 대하여 피고들은 다시 상고하였다.

2) 일본 정부는 1938. 4. 1. 국가총동원법을 제정하고 1944년 9월부터는 국민징용령에 의하여 한국 국민에 대한 강제징용을 실시하였다.

3) 부산지방법원 2007. 2. 2. 선고 2000가합7960 판결.

4) 이는 국제적 소송경합의 처리에 관한 독일과 우리의 다수설로, 외국법원에 이미 계속 중인 사건에 대해 국내에서 후소가 제기된 경우 외국법원의 판결이 승인요건을 구비하여 장래 한국에서 승인될 것으로 예측되는 때에는 민사소송법 제259조의 중복제소 금지를 적용하거나 유추적용한다. 즉, 승인예측설은 외국판결의 ‘적극적 승인예측’을 조건으로 외국의 소송계속의 존중을 ‘외국판결 승인의 전단계(Vorstufe der Urteilsanerkennung)’로 이해하여 외국의 소송계속에 대해 국내의 소송계속에 준하는 효력을 인정한다. 상

하고 본안에 관하여 판단하여 원고등의 청구를 기각하였다. 그 후 원심법원에 소송 계속 중 원고등의 청구를 기각한 일본 법원의 판결이 확정되고(이하 “일본판결”이라 한다) 일본 내에서 기판력이 발생함으로써 국제적 소송경합의 문제는 해소되고 일본 판결의 승인의 문제로 전환되었다. 이에 대해 원심판결⁵⁾은 일본판결이 민사소송법 제217조가 정한 승인요건⁶⁾을 구비한다고 판단하고 원고등의 청구를 기각하였다.

나. 이 사건의 일차적 쟁점(일본판결의 승인 여부)과 대상판결의 의의

이 사건의 일차적 쟁점은 일본판결이 우리나라에서 승인될 수 있는가이다. 이는 광의의 국제사법 내지 국제민사소송법의 쟁점이다. 만일 일본판결이 승인된다면 그 기판력이 한국에 미치므로 우리 법원은 본안에 대한 심리 없이 원고등의 청구를 기각하여야 하는데 실제로 원심판결을 그와 같이 판단하였다. 우리 법원이 외국 판결의 승인을 거부하는 것, 특히 공서위반을 이유로 승인을 거부하는 것은 매우 이례적인데 대상판결은 바로 그런 사례이다.

원고등의 청구는 ① 피고의 강제연행과 강제노동으로 인한 불법행위상의 손해배상청구, ② 피고의 안전배려의무 위반으로 인한 계약상의 손해배상청구와 ③ 미지급 임금청구인데, 일본 법원은 청구를 모두 기각하였다. 그 이유는 ① 청구에 관하여 강제징용을 적법한 것으로 보았고, 다만 강제연행 및 강제노동 과정에서 피고가 징용령이 정한 범위를 벗어난 위법행위를 하였으므로 일본 국내법에 근거한 불법행위가 성립할 여지를 인정하였으나, 그 부분과 ② 청구 및 ③ 청구에 대하여 원고등의 채권이 소멸하였다는 피고의 항변을 받아들였기 때문이다. 그러나 대상판결은 일본판결의 승인은 대한민국(이하 “한국”이라 한다)의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋난다는 이유로 그 승인을 거부하고, 원고등의 청구를 기각한 원심판결을 파기, 환송하였다. 대법원이 공서위반을 이유로 일본판결의 승인을 거부한 것은 과거사, 특히 1910년 한일병합조약 이후 35년 간의 일제 강점과 그 청산방법으로 1965년 체결된 청구권협정에 대한 양국의 법적 및 역사적 인식의 괴리로 인한 것으로, 한일 간에 법적 및 역사적으로 청산해야 할 과제가 아직 남아 있음을 보여 준다. 대상판결은 일본판결의 승인을 거부하는 이유를 실시하면서 일제의 한반도

세는 석광현, **국제민사소송법: 국제사법(절차편)**(2012), 194면 참조.

5) 부산고등법원 2009. 2. 3. 선고 2007나4288 판결.

6) 이에 관하여는 석광현(註 4), 346면 이하 참조. 상세는 석광현, **국제사법과 국제소송**, 제1권(2001), 263면 이하; 석광현, **국제사법과 국제소송**, 제5권(2012), 442면 이하 참조.

지배가 불법적 강점이고, 원고등의 개인청구권은 물론 한국 국민에 대한 외교적 보호권도 청구권협정에 의하여 소멸되지 않았다는 취지로 판시하였는데 이 점에서 대상판결은 법적으로나 역사적으로 커다란 의의가 있다.

2. 준거법에 관한 논점: 이 글의 주제

대상판결은 판결이유에서 첫째 청구와 관련하여 준거법인 한국법에 따르면 불법 행위를 구성한다고 판시하고, 둘째 청구와 관련하여 근로계약상 미지급임금채권(이하 “임금채권”이라 한다)이 있으며, 둘째와 셋째 청구에 관하여 피고의 항변을 모두 배척하였다. 피고가 일본과 한국의 법원에서 제출한 항변은 ① 구 미쓰비시가 피고와 별개 법인이고 피고는 구 미쓰비시의 채무를 승계하지 않았다는 항변(회사법상의 쟁점), ② 원고등의 채권이 청구권협정에 의해 소멸했다는 항변(국제법상의 쟁점)과 ③ 원고등의 채권이 소멸시효의 완성(또는 제척기간의 경과)에 의해 이미 소멸하였다는 항변(민법의 쟁점)이었다. 대상판결은 원고등의 청구 및 피고의 항변과 관련하여 아래의 쟁점에 대한 준거법을 판단하였다.⁷⁾

- ① 피고의 강제연행과 강제노동으로 인한 손해배상채권의 준거법: 한국법. 국가총동원법과 국민징용령의 적용 여부
 - ② 원고등의 임금채권의 준거법: 일본법
 - ③ 피고와 구 미쓰비시의 법인격의 동일성의 준거법: 일본법이나 법례(法例)
제30조에 정한 공서위반이라는 이유로 배척
 - ④ 원고등의 권리가 소멸시효의 완성(또는 제척기간의 경과)에 의하여 소멸하였는지 여부의 준거법: 각 채권의 준거법
- 이를 정리하면 아래와 같다.

7) 또한 ⑤ 원고등의 권리가 청구권협정에 의해 소멸하였는가라는 국제공법상의 문제가 있으나 여기에서는 이를 다루지 않는다. 아래에서 보듯이 회사법과 민법상의 논점은 준거법공서위반의 판단에 직접 영향을 미치지만 국제법상의 논점은 그렇지 않다. 이 점에서 승인공서위반의 판단에서는 다르다. 대상판결에는 그 밖에도 국제재판관할의 결정이라고 하는 국제사법의 쟁점이 있으나 여기에서는 논의하지 않는다. 그에 관하여는 이헌목, “국제재판관할의 결정에 있어서 몇 가지 문제점-대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결을 중심으로-”, **국제사법연구**, 제19권 제1호(2013. 6), 65면 이하 참조.

청구원인		쟁점	성질결정	준거법	공서위반
첫째	강제연행 등으로 인한 손해배상	① 불법행위의 성립	불법행위	- 한국법 - 국민징용령	국민징용령 적용 은 헌법(공서위반 ⁸⁾)
		④ 소멸시효	불법행위	한국법	-
		③ 법인격 동일성	회사법	일본법	공서위반으로 한국법
		⑤ 청구권협정으로 소멸	조약	조약	-
둘째	안전배려의무 위반으로 인한 손해배상 ⁹⁾	채무불이행의 성립	계약	일본법	일본판결 인정
		소멸시효	계약	일본법	[일본법상으로도 권리남용]
		법인격 동일성	위 첫째 청구와 동일		
		청구권협정으로 소멸			
셋째	미지급 임금	② 임금채권	계약	일본법	일본판결 인정
		소멸시효	계약	일본법	일본법상으로도 권리남용
		법인격 동일성	위 첫째 청구와 동일		
		청구권협정으로 소멸			

국제사법 제10조에 상응하는 의용 법령(제30조)가 정한 공서는 외국법 적용상의 공서로서, 민사소송법 제217조가 정한 외국판결 승인 상의 공서와 구별된다. 이하 편의상 전자를 “준거법공서” 후자를 “승인공서”라 부른다.

여기에서 한 가지 지적할 것은, 대법원이 이 사건을 해결하는 과정에서 준거법을 굳이 판단할 필요는 없었다는 점이다. 민사소송법(제217조)은 외국판결의 승인의 맥락에서 준거법에 대한 통제를 하지 않으므로 외국 법원이, 우리 법원이 재판하였더라면 적용하였을 준거법이 아닌 다른 법을 적용하였다는 것 자체는 외국판결의

8) 대상판결이 승인공서위반을 인정한 사실로부터 그렇게 판단할 것으로 추측할 수 있다.

9) 원심판결은 둘째 청구를 명확히 다루었으나 대상판결은 이를 분명히 다루지 않은 것 같다. 다만 대상판결이 셋째 청구에 관하여 판단한 바가 둘째 청구에도 타당할 것으로 본다.

승인을 거부할 사유가 아니다. 그 외국판결의 승인, 즉 외국판결의 효력을 인정한 결과가 우리의 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념에 반하는지가 관건이 된다. 어쨌거나 파기환송을 받은 하급심법원은 다양한 쟁점에 대하여 준거법을 판단해야 하는데, 대상판결에서 대법원이 굳이 준거법을 판단한 것은, 일차적으로 원심법원이 설령 한국법을 준거법으로 적용하더라도 원고등이 주장하는 불법행위로 인한 손해배상청구권 등은 소멸시효의 완성으로 모두 소멸하였다는 취지로 판시하였고, 이에 대하여 원고등은 원심이 소멸시효에 관한 법리를 오해하였다는 취지의 상고이유를 내세웠기 때문으로 보이나, 그에 더하여 하급심법원에 지침을 제공함으로써 신속한 재판을 할 수 있도록 했던 것인지 모르겠다.

3. 논의의 범위와 순서

이 사건에서는 위에서 언급한 원고의 청구 및 피고의 항변과 관련한 회사법, 국제법과 민법상의 쟁점도 있으나, 필자는 협의의 국제사법 쟁점인 준거법 관련 논점을 아래 순서로 논의한다.

첫째, 시제법에 관한 쟁점(II.), 둘째, 원고등의 손해배상채권의 준거법: 불법행위의 준거법(III.), 셋째, 원고등의 임금채권의 준거법: 근로계약의 준거법(IV.), 넷째, 피고와 구 미쓰비시의 법인격의 동일성의 준거법(V.), 다섯째, 원고등의 권리의 소멸시효의 완성(또는 제척기간의 경과)에 의한 소멸 여부의 준거법(VI.).

II. 시제법에 관한 쟁점

이 사건에서 원고등이 주장하는 피고회사의 불법행위는 1944년 이래 행해진 강제연행, 강제노동, 원자폭탄 투하 후 구호활동 없이 피폭 현장 방치와 한국 귀환 해태 등 과거 오랜 기간에 걸쳐 그리고 한국과 일본에 걸쳐서 행해진 일련의 행위로 구성되는데 그 기간 동안에 우리나라에서 적용되던 저촉법과 실질법¹⁰⁾이 변경되었으므로 어느 시기의 법을 적용할 것인가라는 시제법¹¹⁾의 문제가 제기된다. 아래

¹⁰⁾ 실질법이라 함은, 저촉법(또는 국제사법)에 대비되는 개념으로, 민·상법과 같이 저촉법(또는 국제사법)에 의하여 준거법으로 지정되어 특정 법률관계 또는 쟁점을 직접 규율하는 규범을 말한다.

¹¹⁾ 시제법(intertemporales Recht)이라 함은 하나의 법률관계에 신법과 구법이 모두 관련되는

에서는 이를 저촉법상의 시제법과 실질법상의 시제법으로 나누어 논의한다.

1. 저촉법상의 시제법

가. 문제의 소재

우리 법원이 준거법을 결정하기 위하여 적용할 저촉규범에는 ① 1912. 3. 28.부터 일왕(日王)의 칙령 제21호에 의하여 우리나라에 의용(依用)된 일본 법례, ② 광복 후 군정법령 제21호¹²⁾를 거쳐 한국 제헌헌법 부칙 제100조에 의하여 “현행법령”으로서 한국 법질서에 편입된 일본 ‘법례(法例)’(1898. 6. 21. 법률 제10호),¹³⁾ ③ 1962. 1. 15. 제정 및 시행된 섭외사법과 ④ 2001. 7. 1. 시행된 국제사법을 생각할 수 있으므로 그 중 어느 저촉규범을 적용할지가 문제된다. 이것이 저촉법상의 시제법의 문제이다. 위 ①과 ②는 내용은 동일하나 전자는 일본이, 후자는 군정 또는 우리가 의용한 것이라는 점에서 차이가 있다.

나. 원심판결의 판단

원심법원은 저촉법상의 시제법에 관한 판단 없이 구 섭외사법을 적용하였다.

다. 대상판결의 판단

대상판결은, 피고의 행위가 불법행위에 해당하는지 여부와 그로 인한 손해배상 청구권의 소멸시효의 준거법을 판단하는 과정에서 “원고등의 청구권이 성립한 시

경우에 어느 법을 어느 범위에서 적용할 것인가라는, 법률의 시간적 충돌을 해결하는 법률을 말한다. 이호정, **국제사법**(1983), 9면(이하 “이호정”이라 인용한다); Gerhard Kegel/Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage (2004), S. 39. 사법이 바뀐 경우에는 ‘시제사법’이라고 한다. Savigny가 지정한 바와 같이, ‘법률관계에 대한 법규의 지배의 장소적 한계’를 정한 국제사법과 ‘법률관계에 대한 법규의 지배의 시간적 한계’를 정한 시제사법에 적용되는 원칙들 간에는 서로 내적 관련이 있다. 이호정, 9면. 시제법의 문제는 법률의 ‘시행일’ 또는 ‘경과규정’을 정한 부칙에 의하여 일차적으로 규율된다. 부칙에 관하여는 최봉경, “부칙(附則) 연구-그 체계적 시론-”, **서울대학교 법학**, 제53권 제2호(2012. 6), 243면 이하 참조.

12) 미군정은 1945. 11. 2. 군정법령 제21호 제1조로 한반도 북위 38도 이남 지역에 대하여 “모든 법률 또한 조선 구정부가 발포하고 법률적 효력을 유(有)한 규칙, 명령, 고시 기타 문서로 1945년 8월 9일 실행중인 것은 기간(其間) 이미 폐지된 것을 제하고 조선 군정부의 특수명령으로 폐지할 때까지 전효력을 차(此)를 존속함”이라고 규정하여 구 법령의 효력을 인정하였다.

13) 이호정, 74면; 김용한·조명래, **국제사법**, 전정판(1992), 78면.

점에 적용되는 한국의 저촉규범에 해당하는 일본 법례에 의하면 불법행위로 인한 손해배상청구권의 성립과 효력은 불법행위 발생지의 법률에 의하는데(제11조)”라고 실시하면서 법례가 적용됨을 간단히 밝혔다.

나아가 대상판결은 구 미쓰비시와 피고가 동일한 법인인지를 판단하는 과정에서 아래와 같은 취지로 실시하고 일본 법례를 적용하였다.

“구 미쓰비시의 해산 및 분할에 따른 법인격의 소멸 여부, 제2회사 및 피고가 구 미쓰비시의 채무를 승계하는지 여부를 판단하는 기준이 되는 준거법은 법정지인 한국에 있어서 외국적 요소가 있는 법률관계에 적용될 준거법의 결정에 관한 규범(이하 ‘저촉규범’이라 한다)에 의하여 결정되어야 하는데, 그 법률관계가 발생한 시점은 구 섭외사범이 시행된 1962. 1. 15. 이전부터 그 이후까지 걸쳐 있다. 그 중 1962. 1. 15. 이전에 발생한 법률관계에 적용되는 한국의 저촉규범은 1912. 3. 28. 부터 일왕(日王)의 칙령 제21호에 의하여 우리나라에 의용(依用)되어 오다가 군정 법령 제21호를 거쳐 한국 제헌헌법 부칙 제100조에 의하여 “현행법령”으로서 한국 법질서에 편입된 일본의 ‘법례(法例)’(1898. 6. 21. 법률 제10호)이다.”

대상판결은 1962. 1. 15. 이후에 발생한 법률관계에 관하여는 구 섭외사범을 적용하였다.

라. 대상판결에 대한 평가

저촉법상의 시제법에 관하여 일본 법례를 적용한 대상판결의 판단은 적절하다. 필자는 대상판결의 선고 전인 2011년 대법원 발표 당시 아래와 같이 적었다(주는 생략).¹⁴⁾

“원심법원은 섭외사범을 적용하였다. 그러나 이 사건에서 문제된 불법행위 기타 근로계약관계는 섭외사범이 시행된 1962년 1월 15일 전에 발생하였거나 존재하였던 법률관계이므로 섭외사범을 적용하는 것은 의문이다. 국제사범 시행 전에는, 광복될 때까지는 1912년 3월의 일왕의 칙령(제21호) “법례를 조선에 시행하는 건”에 의하여 1898년 이래 시행되던 일본의 法例가 한국에도 의용되었고, 광복 후에는 제조선 미국육군사령부군정청의 군정법령(제21호)에 의하여, 그리고 한국 수립 후에는 당시

14) 석광현, “일제강점기 강제징용된 노동자들의 손해배상 및 임금 청구를 기각한 일본 법원 확정판결의 승인 여부”, 2011. 9. 27. 대법원 비교법실무연구회 발표자료, 14면 (이는 공간되지 않았다).

헌법(제100조)에 의하여 의용되었으므로 당시 일본 법례를 적용했어야 한다. 다만 불법행위와 법률행위의 준거법에 관한 한 과거 법례와 섭외사법 간에 별 차이는 없는 것으로 보이므로 이런 잘못이 결과에 영향을 미치는 것은 아닐 것이다.”

대상판결은 또한 1962. 1. 15. 이후에 발생한 법률관계에 적용되는 구 섭외사법에 있어서도 이러한 법리는 마찬가지라고 하여 구 섭외사법도 적용하였다. 이는 구 미쓰비시에서 피고회사로의 재편이 1962. 1. 15. 이후에까지 걸쳐 이루어진 탓으로 보이므로 타당하다고 생각된다. 이러한 해석은 국제사법 부칙 제2조의 취지에도 부합한다. 즉, 제2조는 “준거법 적용의 시간적 범위”라는 제목 하에 “이 법 시행 이전에 생긴 사항에 대하여는 종전의 섭외사법에 의한다. 다만, 이 법 시행 전후에 계속(繼續)되는 법률관계에 관하여는 이 법 시행 이후의 법률관계에 한하여 이 법의 규정을 적용한다”고 규정하는데,¹⁵⁾ 섭외사법은 명문의 규정을 두지 않았으나, 동일한 법리에 따라야 할 것이기 때문이다.

다만 여기에서 지적해 둘 것은, 대상판결이 일제강점기에 한국에서 통용된 의용 법례를 적용하였다고 해서 첫째, 대상판결이 한일병합조약이 유효하다고 본 것은 아니라는 점과, 둘째, 그 연장선상에서 대상판결이 일제강점기 한국과 일본을 법이 분열되어 있는 단일국가로 본 것은 아니라는 점이다. 이 두 가지에 관하여는 아래 관련문제(VII.)에서 별도로 논의한다.

2. 실질법상의 시제법

가. 문제의 소재

우리 법원이 저축규범을 적용하여 판단한 준거법이 한국법이 되는 경우¹⁶⁾ ① 일제 강점기인 1912. 3. 18.부터 일왕(日王)의 칙령 제7호(조선민사령)에 의하여 같은 해 4. 1.부터 우리나라에 의용(依用)된 일본 민법,¹⁷⁾ ② 광복 후 군정법령 제21호를

¹⁵⁾ 취지는 석광현, 2001년 개정 국제사법 해설, 제2판(2003), 426면 이하 참조.

¹⁶⁾ 따라서 아래에서 보듯이 피고의 행위가 불법행위를 구성하는지와 원고등의 채권의 소멸시효에 관하여만 실질법상의 시제법이 다루어졌다. 논리적으로는 준거법이 일본 법이라고 하더라도 그 기간 동안 일본법이 개정되었다면 역시 실질법상의 시제법의 문제가 제기되나, 이 사건에서는 문제되지 않았다. 이는 아마도 별 의미 있는 개정이 없었던 탓으로 짐작된다.

¹⁷⁾ 다만 조선민사령 제10조는, “조선인 상호간의 법률행위에 대해서는 법률 중 공공의 질서와 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에는 그 관습에 의한다”라고 규정하였고, 제11조에서는 “제1조의 법률 중 능력, 친족 및 상속에 관한 규정은 조선인에게 이를

거쳐 한국 제헌헌법 부칙 제100조에 의하여 “현행법령”으로서 한국 법질서에 편입된 일본 민법(우리의 구 민법, 즉 의용 민법)(이하 “구 민법” 또는 “의용 민법”이라 한다)과 ③ 1960. 1. 1. 제정 및 시행된 현행 민법을 생각할 수 있으므로 그 중 어느 실질규범을 적용할지가 문제된다. 이것이 실질법상의 시제법의 문제이다. 위 ①과 ②는 내용은 동일하나 전자는 일본이, 후자는 군정 또는 우리가 의용한 것이라는 점에서 차이가 있다.

주목할 것은 현행 민법의 소급효를 규정한 부칙 제2조이다. 동 조는 “본법은 특별한 규정 있는 경우 외에는 본법 시행일전의 사항에 대하여도 이를 적용한다. 그러나 이미 구법에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다”고 규정하는 점이다. 법률은 원칙적으로 소급효가 없으나 민법에 관하여는 소급효를 인정하여도 법적 안정을 해하는 경우가 적으므로 우리 민법은 소급효를 인정하되 다만 구 민법에 의하여 이미 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다고 규정함으로써 구 민법에 의하여 발생한 권리를 보장하고 있다.¹⁸⁾

나아가 불법행위의 성립과 그 효력에 대해 한국 민법이 소급적으로 적용된다면 그 경우 일제강점기의 국민징용령은 적용되는가, 또한 한일병합조약은 유효한가라는 의문이 제기된다. 이는 아래(III.)에서 논의한다.

나. 원심판결의 판단

원심판결은(제1심판결도) 소멸시효의 완성 여부를 판단하면서 모두 현행 민법을 적용하였다. 제1심법원은 민법 부칙 제2조의 규정에 의하면, 민법은 특별한 규정이 있는 경우 외에는 민법 시행일 전의 사항에 대하여도 적용되기 때문에 현행 민법을 적용한다고 하고, 원심법원은 설시 없이 동일한 결론을 취하였다.

다. 대상판결의 판단

대법원은 제정 민법이 시행된 1960. 1. 1. 이전에 발생한 사건이 불법행위에 해당하는지 여부와¹⁹⁾ 그 손해배상청구권이 시효로 소멸하였는지 여부의 판단에 적용될 한국법은 제정 민법 부칙 제2조 본문에 따라 ‘구 민법(의용 민법)’이 아닌 ‘현행

적용하지 않는다”라고 규정하였다. 김원태, “日帝强占初期 妻의 特有財産에 관한 慣習法 - 조선고등법원판결의 분석을 중심으로 -”, 『法史學研究』 제31호(2005), 198-199면.

¹⁸⁾ 이영준, 『한국민법론[총칙편]』(2003), [16].

¹⁹⁾ 대상판결이 명시한 것은 원고등의 손해배상채권이 시효로 소멸하였는가이나 원고등의 불법행위채권의 취득 여부에 대하여도 현행 민법을 적용할 것이다.

민법’이라고 판단하였다. 이는 원심판결 및 제1심판결의 판단과 같다.

라. 대상판결에 대한 평가

첫째, 현행 민법을 적용한 대상판결의 판단은 다소 의문이다. 즉 대상판결은 위에서 언급한 민법 부칙 제2조의 본문만 고려하고 단서는 고려하지 않은 것으로 보이기 때문이다. 본문에 따라 민법 시행일 전의 사항에 대하여 현행 민법이 적용되더라도 피고의 행위가 불법행위를 구성하는지, 나아가 그로 인하여 원고등이 취득한 손해배상채권이 소멸시효의 완성(또는 제척기간의 경과)에 의하여 이미 소멸하였는지는, 이미 구법에 의하여 생긴 효력의 문제로서 단서에 의하여 구 민법에 의하여 판단할 사항이기 때문이다.²⁰⁾ 더욱이 민법 부칙 제8조 제1항은 “본법 시행 당시에 구법의 규정에 의한 시효기간을 경과한 권리는 본법의 규정에 의하여 취득 또는 소멸한 것으로 본다”고 명시한다. 만일 구 민법 하에서 이미 시효로 인하여 소멸하였다면 그에 대하여는 현행 민법이 적용될 여지는 없다.²¹⁾ 대상판결은 구 민법에 의하여 소멸시효가 완성되지 않았거나 소멸시효의 항변을 하는 것은 권리남용이 된다고 보았기 때문에 이를 근거로 본문을 적용한 것으로 보이나, 그렇더라도 불법행위의 성립에 대하여는 단서를 고려했어야 한다.

III. 불법행위의 준거법:

피고의 강제연행과 강제노동으로 인한 손해배상채권의 준거법

1. 문제의 소재

원고등의 첫째 청구는 1944년 이래 피고회사가 강제연행과 강제노동 등의 불법행위를 저질렀음을 이유로 하는 손해배상청구인데 그의 준거법은 법례에 의하여 판단할 사항이다. 그렇다면 법례의 해석상 불법행위의 준거법의 결정이 문제되는데

20) 여기의 논의는 일반적인 것으로서 아래(III.4.나.(3)(나))에서 논의하는 점령국법 적용의 부당성을 고려하기 전의 것이다.

21) 나아가 아래에서 보듯이 소멸시효의 기산점과 관련한 장애사유의 해석과 소멸시효에 기한 항변이 권리남용이 된다는 법리는 우리나라에서도 비교적 근자에 원고등에게 유리하게 발전된 것이므로 구 민법에 따르면 소멸시효가 완성되었다(또는 제척기간이 경과되었다)는 주장도 전혀 근거가 없는 것은 아니다. 즉 아래에서 보듯이 준거법공서 위반 여부 판단의 기준 시는 판결 시더라도 구 민법의 적용이 달라지는 것은 아니다.

그 과정에서 국가총동원법과 강제징용령의 적용 여부가 중요한 의미를 가진다.

그 밖에 국제법에 근거한 손해배상청구가 가능한가도 문제된다(아래 5.).

2. 원심판결의 판단

원심판결은 섭외사법을 적용하여, 불법행위로 인한 손해배상청구에 관하여는 그 기업의 강제연행 및 강제노동 등의 불법행위가 한국으로부터 일본국에 이르기까지 일련의 계속된 과정에서 발생한 것이므로 실제 행위지로서 한국법뿐만 아니라 일본법도 준거법이 된다고 판시하였다. 구체적인 설시는 아래와 같다.

“구 섭외사법 제13조 제1항은 “사무관리, 부당이득 또는 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인된 사실이 발생한 곳의 법에 의한다”고 규정한다. 구 섭외사법 제13조 제1항이 정한 “그 원인된 사실이 발생한 곳”이라 함은 불법행위의 행위지뿐만 아니라 손해의 결과발생지도 포함하는바(대법원 2008. 4. 24. 선고 2005다75071 판결 등 참조), 원고등이 주장하는 중전 회사의 강제연행 및 강제노동 등의 불법행위는 한국 내 원고등 각자의 거주지역으로부터 일본 내 히로시마에 이르기까지 일련의 계속된 과정에서 발생한 것이므로, 실제 행위지로서 한국법뿐만 아니라 일본법도 준거법이 될 수 있다.²²⁾ 따라서 원고등의 주장에 관한 준거법은 불법행위와 관련하여서는 한국법 또는 일본법이 된다.”

3. 대상판결의 판단

대법원은 일본 법례를 적용하여 불법행위의 준거법은 한국법이라고 판단하였다. 구체적인 설시는 아래와 같은 취지이다.

“법례에 의하면 불법행위로 인한 손해배상청구권의 성립과 효력은 불법행위 발생지의 법률에 의하는데(제11조), 이 사건 불법행위지는 한국과 일본에 걸쳐 있으므로 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관하여 판단할 준거법은 한국법 또는 일본법이다. 그러나 이미 원고등은 일본법이 적용된 일본소송에서 패소한 점에 비추어 자신들에게 보다 유리한 준거법으로 한국법을 선택하려는 의사를 가지고 있다고 추인되므로, 법원은 한국법을 준거법으로 하여 판단해야 한다. 나아가 제정 민법이 시행된 1960. 1. 1. 이전에 발생한 사건이 불법행위에 해당하는지 여부와 그 손해배상청구권이 시효로 소멸하였는지 여부의 판단에 적용될 한국법은 제정 민법 부칙 제2조

22) 원심판결은 양자의 관계는 논의하지 않았다.

본문에 따라 ‘현행 민법’이다.”

원고의 청구는 피고회사가 한국에서의 강제연행과 일본에서의 강제노동 등의 불법 행위를 저질렀음을 이유로 하는 손해배상청구인데 대법원은 일본 법제 제11조를 적용하여 불법행위의 준거법은 한국법, 나아가 현행 민법이라고 보았다. 이처럼 준거법이 한국법이므로 준거법공서위반의 문제는 다루어지지 않았으나,²³⁾ 아래(4.)에서 보듯이 준거법공서위반의 문제가 제기됨을 주목해야 한다.

4. 대상판결에 대한 평가

대상판결은 의용 법제의 해석상 행동지와 결과발생지가 복수국가에 소재하는 불법행위의 준거법에 관하여 한국법과 일본법이 모두 불법행위의 준거법이 될 수 있고, 피해자가 유리한 법을 선택할 수 있음을 인정한 점에 의의가 있다.

아래에서는 첫째, 산재(散在)불법행위의 준거법 결정(가.), 둘째, 불법행위의 위법성과 준거법공서위반(나.)과 셋째, 피고의 강제징용과 공동불법행위의 문제(다.)를 검토한다. 한국 민법과 일본 민법이 유사하므로 불법행위의 준거법이 한국법인가 일본법인가는 이 사건에서 커다란 차이를 초래하지는 않는다. 오히려 준거법 결정이 강제징용령의 적용에 어떤 영향을 미치는가와 준거법이 한국법이더라도 준거법공서위반의 문제가 제기된다는 점이 중요하다.

가. 산재(散在)불법행위의 준거법 결정

이 사건에서 불법행위의 준거법은 일제강점기 의용 법제에 의하여 결정해야 한다. 과거부터 행동지와 결과발생지가 상이한 ‘격지불법행위(Distanzdelikt)’의 준거법에 관하여는 행동지설과 결과발생지설이 있었으나,²⁴⁾ 이 사건처럼 행동지와 결과발생

23) 만일 불법행위의 준거법이 일본법이었다면 당연히 준거법공서위반이 문제되었을 것이고 그 경우 일본법의 적용은 헌법정신에 반하는 것으로서 배척되었을 것이다. 이 점은 대상판결이 일본판결의 승인이 우리나라의 승인공서에 반한다고 판시한 점으로부터 추론할 수 있다. 즉 본문 아래에서 설명하는 바와 같이 대상판결은 이른바 ‘규범적 불법강점론’을 기초로 일본판결의 승인은 공서에 반한다고 판단하였다.

24) 그 밖에도 불법행위의 태양의 다양성과 불법행위제도가 가지는 기능도 일률적이지 않음을 고려하여 일종의 절충설로서 과실책임의 원칙이 지배하는 개인 간의 우발적인 일상의 불법행위에 관하여는 행동지설, 무과실책임의 원칙이 지배하는 기업에 의한 불법행위에 관하여는 결과발생지설법을 적용하는 견해가 유력하였다. 山田鐐一, 國際私法, 第3版(2004), 366면; 장준혁, “일본통치기의 강제징용사건의 준거법”, 국제사법연구,

지가 각각 복수국가에 소재하는 산재(散在)불법행위(Streudelikt)²⁵⁾의 준거법에 관한 논의는 잘 보이지 않는 것 같다.

논리적으로는, 한국과 일본에서 행해진 일련의 행위로 구성되는 불법행위의 경우 ① 불법행위 전체를 하나의 불법행위로 보고 하나의 준거법을 정할지, 아니면 ② 이를 복수의 불법행위(예컨대 강제연행과 강제노동)로 나누어 각각 준거법을 지정해야 하는지²⁶⁾, 아니면 ③ 격지불법행위에 관한 논의를 산재불법행위에도 적용할지가 문제된다.²⁷⁾ 만일 ①을 따라 하나의 준거법을 정한다면, ①-1 한국법과 일본법이 준거법이 될 수 있고 당사자 또는 법원이 선택을 해야 하는지, 아니면 ①-2 단기간에 행해진 강제연행과 비교할 때 장기간에 걸친 강제노동이라는 불법행위는 일본에서 있었으므로 불법행위의 중심(center of gravity)인 일본법이 준거법이라고 보아야 하는지²⁸⁾가 문제된다. 반면에 ②를 따른다면 강제연행에 대하여는 한국법을, 강제노동에 대하여는 일본법을 적용할 가능성이 크다.

일본판결은 불법행위 당시의 원고등을 일본인으로, 한반도를 일본 영토의 구성부분으로 봄으로써 처음부터 일본법을 적용하였으므로 산재불법행위의 준거법을 결정하기 위한 고민을 하지 않았다.

생각건대 일련의 행위로 구성된 불법행위를 한국에서 발생한 부분과 일본에서 발생한 부분으로 쪼개어 각각을 별개의 준거법에 따르도록 하는 것은 비현실적이고

제19권 제1호(2012. 6), 169면. 그리고 과거 법례의 해석상 일본 최고재판소와 하급심의 관례를 보면, 행동지인가 결과발생지인가보다도 개별 사안에 응하여 유연하게 불법행위지를 결정해왔다고 한다. 위 山田謙一, 370-371면의 註 12; 위 장준혁, 169면.

25) 독일에서 ‘Streudelikt’라 함은 행동지 또는 결과발생지가 복수인 불법행위를 말하는 것으로 보인다. Jan von Hein, *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktrecht* (1999), S. 102; *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 11, 5. Aufl. (2010), EGBGB, Art. 40 Rn. 32. ‘산재(散在)불법행위’는 필자의 번역이다.

26) 장준혁(註 24), 171면 이하는 세 가지 가능성, 즉 ① 1개의 불법행위로 보는 견해, ② 강제수송과 강제노동의 2개의 불법행위로 보는 견해와 ③ 강제수송, 강제노동, 보호의무 위반의 3개 불법행위로 보는 견해를 소개하고 비판한다. 그러나 보호의무 위반은 이 사건에서는 근로계약위반의 문제로 다루어진 것으로 보이므로 ③은 수긍하기 어렵다.

27) 이호정, 302면 이하는 행동지 또는 결과발생지가 복수인 경우 피해자에게 가장 유리한 법을 적용한다. 다만 결과발생지가 복수인 경우 결과발생지의 법은 그 국가에서 발생한 손해에 대하여만 적용된다. 이는 이른바 ‘모자이크 접근방법’이다. 1999년 개정 전 독일에서는 격지불법행위의 경우 행동지와 결과발생지가 모두 불법행위지라고 보고 피해자가 준거법을 선택하지 않은 경우에는 법원이 직권으로 피해자에게 유리한 법을 선택할 것이라고 하였다. 전자를 ‘遍在主義(Ubiquitätsprinzip)’, 후자를 ‘유리의 원칙(Günstigkeitsprinzip)’이라고 한다. 석광현, **국제사법 해설**(2013), 393면.

28) Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage (2006), S. 526 참조.

명확히 구분하기도 어려우며 나아가 각국에 귀속시킬 손해의 산정을 불가능하게 한다.²⁹⁾ 이 사건에서 원고등은 불법행위로 인한 정신적 고통에 대한 위자료로 각 1억원의 배상을 청구하였는데 이를 어떻게 한일 간에 할당할지도 의문이다. 따라서 이 사건에서 일련의 불법행위 전체에 대하여 한국법 또는 일본법을 적용하는 것이 적절하다. 다만 일본 법례 하에서 격지불법행위의 경우(나아가 동일한 법리에 따른다면 또는 산재불법행위의 경우도) 일본 법원은 피해자의 준거법 선택권을 인정하는 데는 인색하였으므로 의용 법례의 해석상 그런 결론이 타당한지는 논란의 여지가 있다.

어쨌든 한국법이 불법행위의 준거법이므로 한국법이 불법행위의 성립과 효과 전체를 규율한다. 따라서 불법행위능력, 구성요건, 인과관계, 위법성, 책임성, 공동과책, 비재산적 손해의 배상, 공동불법행위자 간의 구상권, 불법행위 채권의 소멸시효, 손해배상의 방법 등이 모두 한국법에 따른다.³⁰⁾

다만 민법이 규율하는 사항에 관한 한 한일 민법의 유사성으로 인하여 어느 법이 준거법이 되든 실익은 제한적이다.³¹⁾

나. 불법행위의 위법성과 준거법공서위반: 국가총동원법과 강제징용령의 의미

(1) 문제의 소재

현행 민법상 불법행위가 성립하기 위하여는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가하여야 한다. 이 사건에서 피고의 행위가 일제강점기의 국가총동원법과 국민징용령에 근거한 것이라는 점에서 위법성이 없지 않는가라는 의문이 제기된다.³²⁾ 특히 불법행위의 준거법이 일본법이라면 국민징용령이 적용되므로

29) 섭외사법 하에서 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결과 대법원 1985. 5. 28. 선고 84다카966 판결은 “화물을 운송한 선박이 한국의 영역에 도착할 때까지도 손해발생이 계속되었다면 한국도 손해의 결과발생지에 포함된다고 보는 것이 타당하고, 이 경우 한국의 영역에 이르기 전까지 발생한 손해와 그 영역에 이른 뒤에 발생한 손해는 일련의 계속된 과실행위에 기인하는 것으로서 명확히 구분하기 어려우므로 통틀어 그 손해 전부에 대한 배상청구에 관하여 한국법을 준거법으로 정할 수 있다”는 취지로 판시하였다.

30) 이호정, 314-315면; 신창선, **국제사법**, 제8판(2012), 309면; 김연·박정기·김인유, **국제사법**, 제3판(2012), 338-339면; 신창섭, **국제사법**, 제2판(2012), 255면; 윤종진, **개정 현대국제사법**(2003), 409면. 이는 국제사법의 해석론이나 법례에서도 다를 바가 없다고 본다.

31) 다만 일본 민법 제724조는 불법행위와 관련하여 전단에서 3년의 단기소멸시효를, 후단에서 20년의 제척기간을 규정하는 데 반하여 우리 민법 제766조 제1항은 3년의 단기소멸시효를, 제2항은 10년의 장기소멸시효를 규정하고 있다.

위법성이 부정되나, 불법행위의 준거법이 한국법(특히 현행 민법)이라면 국민징용령의 적용은 당연히 배제되고 위법성이 인정되는 것처럼 보이기도 한다. 그러나 그렇지 않다. 한국 민법이 소급적으로 적용되더라도 이는 불법행위의 성립과 효과에 관하여 민법이 규율하는 사항에 한정되므로, 일제강점기에 한국에서 통용되던 국민징용령의 적용이 당연히 배척되는 것은 아니고 이를 배척하기 위해서는 법적 근거가 필요하다.

또한 피고의 불법행위라고 주장된 행위 중 강제연행은 일본국의 행위이므로 피고의 행위가 일본국의 행위와 함께 공동불법행위를 구성하는가라는 의문이 있으나 이는 아래(다.)에서 논의한다.

(2) 일본판결의 태도

일본판결은 원고등이 주장한 불법행위 당시의 원고등을 일본인으로, 한반도를 일본 영토의 구성부분으로 봄으로써, 외국적 요소를 고려한 국제사법적 관점에서 원고등의 청구에 적용될 준거법을 결정하는 과정을 거치지 않고 처음부터 일본법을 적용하였다. 나아가 일본판결은 “일본은 1910. 8. 22. 한국병합에 관한 조약을 체결하여 대한제국을 병합하고 조선반도를 일본의 영토로 하여 그 통치 하에 두었다” 그리고 “당시 법제 하에서 국민징용령에 기초한 원고등의 징용은 그 자체로는 불법 행위라 할 수 없고,³²⁾ 또한 징용의 절차가 국민징용령에 따라 행하여지는 한 구체적인 징용행위가 당연히 위법이라고 할 수 없다”고 판시하였다.

(3) 국가총동원법과 국민징용령의 적용을 배척하는 근거

대상판결처럼 피고의 불법행위에 대해 현행 민법을 적용하더라도 일제강점기 한국

32) 참고로 정당행위를 규정한 형법 제20조는, “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다”고 규정한다.

33) 그러나 독일에서는 강제노동이 국가사회주의 법률에 의하여 형식적으로 정당하다는 견해가 있으나 독일 법원은 강제노동(slave labor)을 만장일치로 불법이라고 본다. Jan von Hein, “The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II: Questions of private International Law from a German Perspective”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. III (2001), p. 207 Fn 122. 이동진, “강제 징용배상책임의 성립 여부와 그 범위에 관한 몇 가지 문제”, 서울대학교 법학연구소 학술대회 발표자료(2013. 5. 10), 3면은 Randelzhofer/Dörr, *Entschädigung für Zwangsarbeit?* (1994), S. 27ff.를 인용하면서 전시(戰時) 전쟁수행을 위한 ‘자국민’에 대한 강제연행·강제이송·강제노동이 국제노동기구협정 제29호가 금지하는 강제노동에 해당한다거나 (제2조), 노예제를 금하는 국제관습법 위반이라고 보기는 어렵다고 한다. 위 이동진, 13면, 註 54는 전자를 극소수의 판결이라고 소개한다.

에서 통용되던 국민징용령의 적용이 당연히 배제되지는 않는다. 더욱이 필자처럼 일본법이 불법행위의 준거법이라고 본다면 국민징용령은 일본법의 일부로서 또는 그 자체의 효력에 의하여 일용 적용되는 것처럼 보인다.³⁴⁾ 그럼에도 불구하고 필자는 국가총동원법과 국민징용령의 적용을 배척한다 - 즉, 국가총동원법과 국민징용령에도 불구하고 불법행위의 성립을 인정한다. 대상판결이 일본 법례를 적용한 사실로부터 알 수 있듯이, 한일병합조약이 무효라는 점으로부터 이러한 결론이 당연히 도출되는 것은 아니며 추가적인 근거가 필요하다. 그 근거는 첫째, 헌법적 가치를 기초로(준거법이 한국법이라고 보는 경우) 또는 준거법공서(준거법이 일본법이라고 보는 경우)³⁵⁾ 위반을 이유로 국민징용령의 적용을 배제하는 것이고, 둘째, ‘점령국법 적용의 부당성’에 의하여 현행 민법을 적용하면서 국민징용령을 배제하는 것이다.³⁶⁾

(가) 헌법 위반 또는 준거법공서 위반

대상판결이 이 점을 직접 판단한 것은 아니지만 이 사건에서 국민징용령의 적용은 배제된다. 보다 정확히는 국민징용령을 근거로 미쓰비시의 행위가 정당한 행위가 될 수는 없다. 그 근거로는 승인공서의 맥락에서 한 대상판결의 설시를 원용할 수 있다. 즉 대상판결은 “한국 헌법 규정에 비추어 볼 때 일제강점기 일본의 한반도 지배는 규범적인 관점에서 불법적인 강점(强占)에 지나지 않고, 일본의 불법적인 지배로 인한 법률관계 중 한국의 헌법정신과 양립할 수 없는 것은 그 효력이 배제된다고 보아야 하므로, 일본판결 이유는 일제강점기의 강제동원 자체를 불법이라고 보고 있는 한국 헌법의 핵심적 가치와 정면으로 충돌하는 것이어서 이러한 이유가

34) 준거법이 일본법이면 국민징용령은 일본법질서의 일부로서 당연히 적용되거나 그 자체의 효력으로 적용될 것이다(국제사법 제6조 참조). 전자는 국민징용령을 준거법인 일본법의 일부로 보는 것이고 후자는 공법의 특별연결이론에 따르는 것이다(다만 후자를 따른다면 이는 법정지에서 과거에 통용되던 공법이므로 이를 제3국의 공법으로 취급할 것은 아니라는 견해도 가능하다).

35) 필자는 당초 이를 “준거법공서에 반한다”고 표현하였다. 그러나 국가총동원법과 국민징용령이 법정지인 우리나라(지리적으로는 한반도)에서 과거에 통용되었던 법이므로 이를 배척하기 위하여 준거법공서를 드는 것이 적절한지 의문이 있어 본문과 같이 수정하였다. 즉, 우리 법원이 일제강점기에 한국에서 통용되던 일본법의 적용을 배척하는 것은 국제사법상 준거법공서의 문제는 아니라는 견해가 가능하기 때문이다.

36) 필자는 2011년 대법원 발표 시에도 점령국법(병합국법)의 법리를 원용한 바 있다. 미국 국제사법원직상으로도 그런 견해가 있다. Kent Anderson, “To What Extent Do U.S. Conflict and Procedural Rules Obstruct Private Liability for Wartime Human Rights Violations”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. III (2001), p. 172 참조.

담긴 일본판결을 그대로 승인하는 결과는 그 자체로 한국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋난다”는 취지로 판시하였다(이하 이러한 법리를 편의상 “규범적 불법강점론”이라 한다). 따라서 우리의 시각에서는 한일병합조약 자체가 무효이므로,³⁷⁾ 국민징용령에 따랐기 때문에 징용이 적법하다는 것은 근거가 없으며 일본법을 적용한 결과가 그것이라면 이는 우리의 헌법적 가치 또는 준거법공서에 반하는 것이다. 나아가 일본 정부와 그에 가담한 피고의 강제징용이 일본에서 적법한지도 의문이지만, 가사 그것이 1944년 경 일본에서는 적법하였다고 하더라도³⁸⁾ 한국에서는 위법한 행위이다. 따라서 이 사건에서 피고의 불법행위의 준거법이 한국법이든 일본법이든 간에 그리고 피고의 행위가 비록 일본 국민징용령에 따른 것이더라도 우리 법상으로는 불법행위를 구성한다.

(나) 점령국법 적용의 부당성

이처럼 국민징용령의 적용을 배제하는 견해에 대하여는 사실상의 통용에 착안하여 법을 적용하는 국제사법의 법리에 반하는 것이 아닌가라는 의문이 제기될 수 있다. 즉, 이 사건 불법행위의 준거법이 한국법이고 그것이 일제 강점기에 한국에서 통용되던 일본 민법이라고 본다면, 비록 한일병합조약이 무효라고 하더라도 이 사건에도 일본 민법을 적용해야 한다. 국제사법이론상 어떤 국가의 영역 안에서 사실상 일반적으로 적용되고 있는 법이라면 비록 그것이 국제적으로 승인되지 않은 것이더라도 적용되는 것³⁹⁾과 마찬가지로 가사 한일병합조약이 무효라고 하더라도 일제강점기에 한국에서 사실상 통용되던 일본법을 적용해야 하기 때문이다. 이러한 법리는 사적 당사자들(private parties)의 정당한 기대를 보호하기 위한 것으로, 사람의 혼인, 회사의 설립과 계약처럼 당사자들이 준수하지 않을 수 없는 법의 경우에 타당하다. 만일 순수하게 사인 간에 발생한 교통사고 기타 불법행위라면 그에 대하여 한일병합

37) 한일기본조약 제2조가 규정하는 바와 같이 한일병합조약 등 1910. 8. 22. 및 그 이전에 대한제국과 대일본제국 간에 체결된 조약 및 협정은 이미 무효이다. 다만 우리나라는 이를 소급적으로 즉 원천무효라고 보나 일본은 이를 부정한다. 일본의 한반도 지배는 규범적 관점에서 불법적인 강점(強占)에 불과한 것이라고 판시한 대법판결은 한일병합이 법적으로 무효라고 본 것이다. 더 나아가 조약으로서 아예 성립하지 않았다는 견해도 있다. 김명기, “한일합방조약의 부존재에 관한 연구”, 법조, 통권 제655호(2011. 4), 33면.

38) 독일 법원은 강제노동(slave labor)을 불법이라고 본다고 한다. von Hein(註 33), p. 207 Fn 122. 이는 위에서 언급하였다.

39) 이호정, 5면; Kegel/Schurig(註 11), S. 20.

조약이 무효이더라도 일본법이 준거법으로 적용된다는 것이다.

그러나 이러한 국제사법의 법리는 피점령국에 거주하는 피점령국인이 불법행위를 이유로 점령국에 대하여 손해배상청구를 하는 사안에서 점령국법을 불법행위의 준거법인 행위지법으로 적용하는 때까지 인정할 수는 없다. 점령국은 피점령국에서 자신이 일방적으로 제정한 법을 근거로 법의 적용에 대한 정당한 기대를 받을 자격이 없기 때문이다.⁴⁰⁾ 즉 점령국이 스스로 불법한 위법한 상황을 초래하고 후에 자신이 제정한 법에 기초하여 책임을 면하도록 허용되어서는 아니 된다는 것이다.⁴¹⁾ 다만 이런 설명이 피고회사에 대한 손해배상청구에도 동일하게 적용될 수 있는지는 논란의 여지가 있으나, 점령국의 행위에 편승하거나 점령국의 대리인으로 행위하는 사인의 행위에 대하여도 마찬가지로 보아야 한다.⁴²⁾

실제로 사인에 대한 청구에서 미국 법원이 점령국법이 아니라 피점령국의 법을 적용한 판결과 이를 지지하는 학설이 있다.⁴³⁾ 이러한 견해에 따르면 이 사건에서 준거법이 일본법이 아니라 병합 전 한국에서 통용되던 법 또는 현행 민법을 적용할 것이라는 견해도 가능하다. 필자가 폭넓게 조사하지는 못하였지만, 점령국법 적용의 부당성은 아직은 광범위하게 인정되는 법리인 것 같지는 않다.

다. 피고의 강제징용과 공동불법행위

피고의 불법행위라고 주장된 행위 중 특히 원고등의 강제연행은 일본국의 행위이므로 피고의 행위가 일본국의 행위와 함께 공동불법행위를 구성하는가라는 의문이 제기된다. 피고가 원고들로 하여금 강제노동에 종사하도록 강요한 것만으로도 불법행위에 따른 책임을 지는 데는 별 문제가 없다.⁴⁴⁾ 대상판결도 이 점을 고려하여 “구 미쓰비시가 일본국과 함께 원고등을 강제징용한 후 강제노동을 시킨

⁴⁰⁾ von Hein(註 33), p. 203.

⁴¹⁾ von Hein(註 33), p. 203.

⁴²⁾ 다만 이런 판단을 하기 위하여는 피고의 불법행위 가담 정도도 고려해야 할 것이다.

⁴³⁾ *Kalmich v. Bruno*, 553 F.2d 549, 552 (7th Cir. 1977). 미국 법원은 유고슬라비아법을 적용하였다. 학설은 Anderson(註 36), p. 173 참조. 우리 문헌으로는 이병화, “전후 국가배상책임에 관한 국제사법적 고찰”, **비교사법**, 제17권 제2호(통권 제49호)(2010. 6), 511면 이하 참조. 이는 국가의 배상책임의 준거법에 관한 다양한 학설을 소개한다.

⁴⁴⁾ 이동진(註 33), 13면, 註 54는 전전(戰前) 일본법상 국가무답책(國家無答責)의 법리와 일본의 주권면제를 고려하면 일본국과 일본회사 사이에 공동불법행위가 성립할 수 있는가라는 의문이 제기될 수 있으나 그렇더라도 일본회사에게 간접침해가 인정되므로, 전 과정의 손해를 일본 회사에게 귀속시킬 수 있다고 한다.

일련의 행위가 불법행위”라고 판시하였다. 문제는, 만일 구 미쓰비시와 일본국의 의사공동과 행위공동이 아주 강한 형태로 인정된다면, 일본국의 주권면제가 인정될 경우 마찬가지로 구 미쓰비시(내지 피고)의 주권면제를 인정해야 하는가라는 점이다. 이는 준거법의 쟁점은 아니므로 논의를 생략한다. 결론만 적자면 실질법상 공동불법행위를 인정하더라도 주권면제를 인정할 수는 없다는 것이다.⁴⁵⁾

5. 국제법에 근거한 손해배상청구권

이와 관련하여 원고등의 권리가 국내법이 아니라 국제관습법을 포함하는 국제법에 근거한 것인지와, 그 경우 소멸시효에 관한 법리가 어떻게 달라지는지 등도 검토할 필요가 있다. 여기에서는 간단히 소개만 한다.

일본 히로시마 지방재판소와 고등재판소는 국제법 내지 국제관습법위반을 원인으로 한 청구에 관하여는 원칙적으로 사인(私人)이 국제법의 주체인 국가를 상대로 직접 구체적인 청구를 할 수 없고, 달리 각 조약 등 국제법에서 사인이 국가를 상대로 직접 청구를 할 수 있다는 구체적인 절차규정이 없으며, 원고등의 주장과 같은 국제관습법의 존재도 인정되지 않는다고 판단하였다.

신일본제철 사건의 제1심판결인 서울중앙지방법원 2008. 4. 3. 선고 2005가합16473호 판결은, 구 일본제철이 강제노동에 관한 국제노동기구(ILO) 제29호 조약(C29 Forced Labour Convention), 국제인권규약 등 국제법 규정을 위반하였으므로 이에 따라 손해배상책임을 진다는 원고등의 주장에 대하여, 사인이 실제로 국제법의 주체가 될 수 있는지 여부는 개개의 조약, 국제관습법에서 정한 규범의 내용에 따라 달라질 것이고, 특히 사인이 국제법에 근거하여 다른 국가 또는 그 국민을 상대로 직접 어떤 청구를 할 수 있는지 여부는 각 조약 등 국제법 자체에서 해당 규범의 위반행위로 인하여 권리를 침해당한 사인에게 그 피해회복을 청구할 수 있다는 취지 및 그에 관한 구체적인 요건, 절차, 효과에 관한 내용을 규정한 경우나 그 국제법에 따른 사인의 권리를 구체적으로 규정한 국내법적 입법조치가 행하여진 경우에 가능하다고 판시하고, 그 사건에서 강제노동에 관한 국제노동기구 제29호 조약 등의 각 규정에, 강제노동으로 피해를 입은 사인에게 강제노동을 실시한 주체에 대해 직접 손해배상을 구할 수 있도록 하는 규정이 없으므로 원고등은 국제법 위반으로 인한 손해배상을 구할 수 없다고 판단하였다. 독일 법원의 판결도 국제법에 근거한

45) 이 점은 국제사법학회의 학술대회에서 이미 언급하였다. 석광현, “강제징용배상에 관한 일본판결의 승인 거부”, **국제사법연구**, 제19권 제1호(2013. 6), 112면 註 26 참조.

개인의 권리는 부정한 바 있다.⁴⁶⁾

국제법 위반과 국내법 위반에 기한 손해배상청구가 별개 소송물인지도 문제된다. 신일본제철사건의 원심 판결은 이를 별개로 본 듯하나 대법원판결은 이는 공격방법의 차이라고 판시하였다. 그러나 동일한 사실관계를 기초로 불법행위책임을 묻는 경우 준거법이 한국법인가 일본법인가는 공격방법의 차이에 불과하지만, 청구가 국내법 또는 국제법에 기한 것인지는 종래 대법원판례가 취하는 소송물이론에 따른다면 소송물의 차이라고 보는 것이 설득력이 있다. 전자에서는 한국법 또는 일본법에 기한 어느 하나의 청구만이 존재하지만, 후자에서는 비록 이중배상을 받을 수는 없더라도 양자의 중첩적 존재를 주장하는 것이기 때문이다. 청구권경합 시 복수의 소송물이 존재한다고 보는 대법원의 판례를 따른다면 더욱 그러하다.

IV. 원고등의 임금채권의 준거법: 근로계약의 준거법

1. 문제의 소재

원고등의 둘째 청구는 피고에 대한 미지급임금지급청구이다. 따라서 원고등이 임금채권을 가지는지가 문제되고 만일 임금채권이 있다면 그에 대한 피고의 항변들이 근거가 있는지가 문제된다. 여기에서는 임금채권의 준거법을 논의한다.

2. 원심판결의 판단

원심법원은 우선 구 섭외사법 제9조가 “법률행위의 성립 및 효력에 관하여는 당사자의 의사에 의하여 적용할 법을 정한다. 그러나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 행위지법에 의한다”고 규정함을 확인하고, 아래와 같은 취지의 이유로 임금채권의 준거법이 일본법이라고 판단하였다.

“원고등이 종전 회사와 사이에 근로계약관계가 성립하였음을 전제로 미지급임금 등의 지급을 구하고 있고, 구 섭외사법 제9조에 따라 근로계약의 당사자 사이에 준거법 선택에 관한 명시적 합의가 없는 경우에는 근로계약에 포함된 다른 의사

⁴⁶⁾ Oberhammer/Reinisch, “Zwangsarbeiter vor deutschen Gerichten”, *IPRax* (2001), S. 213
참조. 박배근, “대일전후보상소송과 국제인도법”, *동북아역사논총*, 제25호(2009. 9), 149면 이하도 참조.

표시의 내용이나 소송행위를 통하여 나타난 당사자의 태도 등을 기초로 당사자의 묵시적 의사를 추정하여야 하며, 묵시적 의사를 추정할 수 없는 경우에도 당사자의 국적, 주소 등 생활본거지, 사용자인 법인의 설립 준거법, 노무 급부지, 직무 내용 등 근로계약에 관한 객관적 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당시 당사자가 준거법을 지정하였더라면 선택하였을 것으로 판단되는 가정적 의사를 추정하여 준거법을 결정해야 하는바(대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결 등 참조), ① 근로계약관계 성립 당시 일본의 한반도 강제점령기였고 한반도에서도 일본법이 적용된 점, ② 행위지(근로지)가 일본이고, 종전 회사의 설립준거법도 일본법인 테 반하여 원고등이 한국인이라는 것 외에는 한국과 실질적 관련성은 없는 점(임금도 일본 화폐로 지급되었다), ③ 원고등의 근로내용도 일본의 전쟁 수행에 필요한 군수물자 생산에 주로 집중된 점, ④ 원고등이 종전 소송에서 일본법을 준거법으로 적용하는데 이의가 없었던 점 등에 비추어 보면, 원고등과 종전 회사는 근로계약을 체결함에 있어 일본법을 준거법으로 정하였다고 봄이 상당하고, 안전배려의무 위반(채무불이행)으로 인한 손해배상청구도 원래 채권계약의 준거법을 따른다. 따라서 원고등의 주장에 관한 준거법은 불법행위 외의 청구와 관련하여서는 일본법이 된다.”

분명하지는 않지만 원심판결은 당사자들이 일본법을 묵시적으로 선택하였거나, 그렇지 않더라도 가정적 의사에 기하여 그렇게 본 것으로 생각된다.⁴⁷⁾

3. 대상판결의 판단

대법원은 법례를 적용하여 근로계약의 준거법을 일본법이라고 판단하였다.

“‘법례’에 의하면 법률행위의 성립 및 효력에 관하여는 당사자의 의사에 따라서는 어느 나라의 법률에 의할 것인가를 정하고, 당사자의 의사가 분명하지 아니한 경우에는 행위지법에 의하는데(제7조), 앞서의 사실관계에 의하면 미지급임금의 지급청구권에 관하여 판단할 준거법은 일본법이 될 것이다.”

4. 대상판결에 대한 평가

대상판결의 결론은 타당하다. 그 근거는 법례 제7조에 따른 당사자들의 묵시적 합의 또는 행위지법의 적용으로부터 구할 수 있다. 다만 강제징용에 의하여 유효한

47) 필자는 섭외사범의 해석론으로 계약의 준거법 결정에 있어 가정적 당사자의사에 대해 비판적인 견해를 피력하였다. 석광현, **국제사법과 국제소송**, 제5권(2012), 27면 이하 참조.

근로계약이 성립했다고 보기 어려우므로, 한편으로는 원고등이 안전배려의무 위반으로 인한 손해배상과 미지급임금의 지급을 구하는 것을 계약으로 구성하는 것이 부적절하고 부당이득이나 손해배상으로 성질결정해야 한다는 견해도 주장될 수 있고, 다른 한편으로는 무효인 근로계약과 사실상의 근로계약에도 근로계약의 준거법을 적용할 것이라는 견해도 가능하다⁴⁸⁾ 어느 것을 따르든 준거법은 일본법인데 이 사건에서 일본판결과 우리 법원의 판결들은 모두 근로계약의 존재를 인정하였다.

V. 피고와 구 미쓰비시의 법인격의 동일성의 준거법

피고는 가사 구 미쓰비시가 원고등에 대하여 채무를 부담하더라도 피고는 구 미쓰비시와 별개의 법인이므로 원고등에 대하여 채무를 부담하지 않는다는 취지로 주장하였다. 더욱이 일본은 전후처리 및 배상채무 해결을 위하여 회사경리응급조치법과 기업재건정비법 등을 제정하였으므로 그러한 일본법을 적용할 경우 양자의 동일성이 부정될 가능성이 있다. 여기에서 피고와 구 미쓰비시의 법인격의 동일성의 준거법이 문제되고(아래 가.), 일본법을 적용하여 법인격의 동일성을 부정하고 구 미쓰비시의 원고등에 대한 채무를 부정하는 것이 준거법공서위반이 되는가라는 의문이 제기된다(아래 나.). 이는 첫째 청구(불법행위로 인한 손해배상청구), 둘째 청구(안전배려의무 위반으로 인한 손해배상청구) 및 셋째 청구(미지급임금지급청구)에 모두 관련된다.

1. 문제의 소재

가. 법인격의 준거법

피고와 구 미쓰비시의 법인격의 동일성은 회사의 속인법(*lex societatis*, 일본에서 말하는 종속법)에 속하는 문제이다. 과거 법례는 이에 관하여 규정을 두지 않았는데 학설은 설립준거법설과 본거지법설로 나뉘었으나 전자가 유력하였다.⁴⁹⁾

⁴⁸⁾ 이 점은 과거 발표 시 이미 지적하였다. 장준혁(註 24), 184면은 일본의 전시법령은 근로계약관계를 형성할 의무를 부과하였으므로 이 사건 근로계약은 ‘명령된 계약’에 해당한다고 하면서, 근로계약도 일본헌법 위반 내지 강행적 국제법 위반으로 무효가 아닌가라는 의문을 표시하고 사실적 계약관계 내지는 부당이득관계만이 존재하였다고 하는 것도 하나의 방법이라고 한다.

⁴⁹⁾ 山田鑠一(註 24), 227면; 김진, **신국제사법**(1962), 139-140면 참조.

나. 공서위반 - 준거법공서의 제문제

문제는 이 사건에서 일본법을 적용하여 구 미쓰비시와 피고의 동일성을 부정할 경우 그것이 우리의 준거법공서에 위반되는가이다.

2. 원심판결의 판단

원심법원은 일본판결의 기판력을 인정한 탓에 이 점은 판단하지 않았다.

3. 대상판결의 판단

대상판결은 법례에 따라 법인격의 동일성의 준거법을 일본법이라고 판단하였으나 일본법을 적용한 결과는⁵⁰⁾ 한국의 공서에 반하므로 법인격의 동일성은 한국법에 의할 사항이라고 판시하였다.

가. 법인격의 준거법

대상판결은 구체적으로 아래의 취지로 판시하였다.

“법례는 구 미쓰비시와 제2회사 및 피고의 법적 동일성 여부를 판단할 법인의 속인법에 대하여 명문의 규정을 두지는 않았지만, 법인의 설립준거지법이나 본거지법에 의하여 이를 판단한다고 해석되고 있었고, 구 미쓰비시와 제2회사 및 피고의 설립준거지와 본거지는 모두 일본이므로, 구 미쓰비시의 해산 및 분할에 따른 법인격의 소멸 여부, 채무 승계 여부를 판단할 준거법은 일단 일본법이 될 것인데, 여기에 회사경리응급조치법과 기업재건정비법이 포함되는 것은 당연하다.”

나. 공서위반

대상판결은 아래의 취지로 판시하였다.

“법례 제30조는 “외국법에 의한 경우에 그 규정이 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 때에는 이를 적용하지 아니한다”⁵¹⁾고 규정하였으므로, 한국의 저축규범에

⁵⁰⁾ 흥미로운 것은, 대상판결과 하급심판결들이 일본법의 내용을 인식함에 있어서 아무런 증거를 제시하지 않은 것 같다는 점이다.

⁵¹⁾ 본문은 대법원판결에 인용된 조문이다. 다만 김진, **국제사법**(1960), 413면에 실린 문언은 “外國法에 依할 境遇에 있어 其 規定이 公共의 秩序 또는 善良한 風俗에 反하는 때는 이를 適用하지 아니한다”고 되어 있어 사소한 점이기는 하나 차이가 있다. 반면에

따라 준거법으로 지정된 일본법을 적용한 결과가 한국의 공서양속에 위반되면 일본법의 적용을 배제하고, 법정지인 한국의 법률을 적용하여야 한다. 또한, 1962. 1. 15. 이후에 발생한 법률관계에 적용되는 구 섭외사법에 있어서도 이러한 법리는 마찬가지이다.

이 사건에서 외국법인 일본법을 적용하게 되면, 원고등은 구 미쓰비시에 대한 채권을 피고에 대하여 주장하지 못하게 되는데, 위에서 본 바와 같이 구 미쓰비시가 피고로 변경되는 과정에서 피고가 구 미쓰비시의 영업재산, 임원, 종업원을 실질적으로 승계하여 회사의 인적, 물적 구성에는 기본적인 변화가 없었음에도, 전후처리 및 배상채무 해결을 위한 일본 국내의 특별한 목적 아래 제정된 기술적 입법에 불과한 회사경리응급조치법과 기업재건정비법 등 일본 국내법을 이유로 구 미쓰비시의 한국 국민에 대한 채무가 면탈되는 결과로 되는 것은 한국의 공서양속에 비추어 용인할 수 없다.”

나아가 대상판결은 한국법상으로는 원고등은 구 미쓰비시에 대한 청구권을 피고에 대하여도 행사할 수 있다고 판시하였다. 구체적인 설시는 아래와 같다.

“구 미쓰비시가 책임재산이 되는 자산과 영업, 인력을 제2회사에 이전하여 동일한 사업을 계속하였을 뿐만 아니라 피고 스스로 구 미쓰비시를 피고의 기업 역사의 한 부분으로 인정하고 있는 점 등에 비추어 구 미쓰비시와 피고는 그 실질에 있어 동일성을 그대로 유지하고 있는 것으로 봄이 상당하여 법적으로는 동일한 회사로 평가하기에 충분하고, 일본국의 법률이 정한 바에 따라 구 미쓰비시가 해산되고 제2회사가 설립된 뒤 흡수합병의 과정을 거쳐 피고로 변경되는 등의 절차를 거쳤다고 하여 달리 볼 것은 아니다. 따라서 원고등은 구 미쓰비시에 대한 청구권을 피고에 대하여도 행사할 수 있다.”

4. 대상판결에 대한 평가

가. 법인격의 준거법

설립준거법설을 따르면 물론이고 본거지법설을 따르더라도 대상판결의 판단은 적절하다.

황산덕, **국제사법**(1959), 84면에 따르면, “外國法에 依하여야 할 경우에 있어서 그 規定이 公序良俗에 違反될 때에는 이것을 適用하지 않는다”고 되어 있으나 양자 간에 큰 차이는 없고, 이는 구 섭외사법 제5조 및 현행 국제사법 제10조와도 본질적으로 같다.

나. 준거법공서위반

아래에서는 준거법공서의 위반에 관한 법례 제30조의 법리를 검토한 뒤 과연 위쟁점에 관하여 준거법공서위반이 인정되는지를 살펴본다. 국제사법 제10조는 법례 제30조의 문언을 다소 수정하였으나 본질적인 차이는 없으므로 국제사법 제10조에 관한 논의를 대입하는 방식으로 논리를 전개한다.⁵²⁾

(1) 공서조항의 취지

법례⁵³⁾는 외국적 요소가 있는 사안에 대해 다양한 연결정책을 고려하여 연결대상별로 적절한 연결점을 정하여 사안에 따라 외국법을 준거법으로 지정한다. 그러나 외국법을 적용한 결과가 우리나라의 본질적 법원칙, 즉 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념에 반하여 우리가 受忍할 수 있는 범위를 넘는 때에는 외국법의 적용을 배제할 수 있다. 이것이 공서조항의 방어적 기능이다.

(2) 공서조항이 적용되기 위한 요건

국제사법에 의하여 준거법으로 지정된 외국법의 적용이 준거법공서위반으로 배제되기 위하여는 우선 법례 제30조⁵⁴⁾로부터 알 수 있듯이 공서조항이 적용되기 위하여는 첫째, 국제사법에 의하여 준거법이 외국법으로 지정되어야 하고, 둘째, 준거법인 외국법을 적용한 결과가 우리의 공서, 보다 정확히는 ‘국제적 공서’에 반하여야 한다.⁵⁵⁾ 즉, 법례 제30조⁵⁶⁾가 말하는 “공공의 질서 또는 선량한 풍속”이란 현행 민법 제103조가 규정하는 ‘국내적 공서(internal 또는 domestic public policy)’와는 구별되는 ‘국제적 공서(international public policy)’에 한정되는 것이라는 것이다.⁵⁷⁾ 그러나 공서위반은 결국 각 국가가 판단할 사항이고, 법례 제30조⁵⁸⁾에서 문제되는

52) 국제사법 제10조에 관한 해설은 석광현(註 27), 174면 이하 참조.

53) 이 점은 섭외사법과 국제사법도 같다.

54) 이 점은 섭외사법 제5조와 국제사법 제10조도 같다.

55) 국제사법 제10조는 공서조항이 적용되기 위하여는 외국법을 적용한 결과가 우리의 공서에 ‘명백히’ 위반되어야 함을 명시하나, 법례 제30조는 그러한 문언을 두지 않았다.

56) 이 점은 섭외사법 제5조와 국제사법 제10조도 같다.

57) 다만 ‘국제적 공서’라는 개념은 다양한 의미로 사용되고 ‘국가적 공서(national public policy)’에 대응하는 개념, 즉 기본적 인권 또는 최소한의 자연법적 정의와 같이 국제적으로 통용되는 공서를 의미하는 것으로 사용되기도 한다. 이를 보편적 공서(ordre public universel) 또는 ‘transnational public policy’라고 부르기도 한다. Reinhold Geimer, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland* (1995), S. 139 참조. 그러나 이 글에서 사용하는 국제적 공서는 본문의 의미이다.

것은 한국의 관념에 따라 판단된 공서위반임을 주의해야 한다. 이를 ‘공서개념의 국가성’이라고 한다.⁵⁹⁾

즉 국제적 공서라는 개념을 사용하는 것은, 공서위반의 여부를 판단함에 있어 국내적인 기준에만 따를 것이 아니라 외국의 관념도 참작해야 한다는 점을 보여 준다.⁶⁰⁾ 그렇지 않고 만일 법례 제30조의 공서를 민법상의 공서로 보아 외국법 적용의 결과가 우리 민법상의 공서에 반한다는 이유로 외국법의 적용을 배제한다면 국제사법규정의 대부분은 무의미하게 될 것이다.⁶¹⁾

무엇이 우리의 공서,⁶²⁾ 더 나아가 그 중에서도 국제적 공서에 해당하여 준거법이 외국법인 때에도 포기할 수 없는 가치인지의 판단은 매우 어려운데, 이는 결국 구체적 사안에서 개별적으로 이루어져야 한다. 예컨대 외국법을 적용한 결과 우리 헌법이 보장하는 인간의 기본권이 침해되는 때에는 여기의 공서위반이 될 수 있는데,⁶³⁾ 이는 헌법은 우리의 근본규범으로서 우리나라의 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념을 반영하는 것이기 때문이다. 다만 기본권이 외국법의 적용을 배제하는지 여부와 그 범위는 구체적 사안별로 검토해야 한다.⁶⁴⁾ 여기에서 우리는 우리 법질서 중에서 준거법이 외국법이면 양보할 수 있는 공서와 양보할 수 없는 공서를 구분해야 하며 이 과정에서 우리 법질서를 더 깊이 있게 성찰할 수 있는 기회를 가지게 된다.

국내적 공서와 국제적 공서의 관계를 그림으로 그리면 다음과 같다.

58) 이 점은 섭외사법 제5조와 국제사법 제10조도 같다.

59) 이호정, 219면.

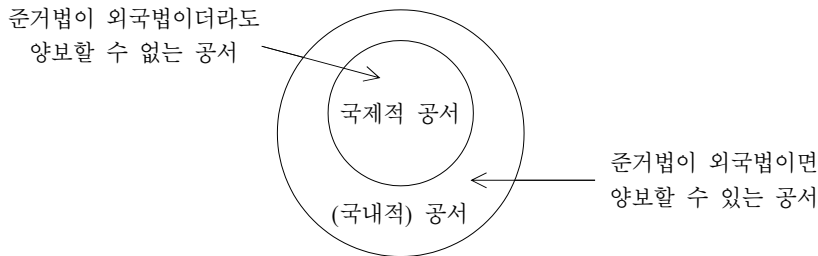
60) 이는 마치 국제적으로 타당한 공서 개념이 있는 것 같은 오해를 주나 그것은 아니다.

61) 이호정, 219면; 신창선(註 30), 178면; 김연·박정기·김인유(註 30), 225면; 윤종진(註 30), 160면도 동지. 신창섭(註 30), 149면도 동지로 보인다.

62) ‘선량한 풍속 기타 사회질서’를 규정한 민법 제103조의 해석에 관하여 통설은 ‘선량한 풍속’은 “사회의 일반적 도덕(윤리)관념, 모든 국민에게 지킬 것이 요구되는 최소한도의 도덕률”을 의미하고 ‘사회질서’는 “국가·사회의 공공적 질서 또는 일반적 이익”을 의미한다고 한다. 박운직·김재형, **민법총칙**(제8판)(2012), 274면. 민법상 공서에 관하여는 이동진, 公序良俗과 契約 當事者 保護, 서울대학교 대학원 법학박사학위 논문(2011. 2), 33면 이하 참조.

63) 스페인인 사건에서 독일 연방헌법재판소 1971. 5. 4. 결정(BVerfGE 31, 58)은, 구체적 사건에서 독일의 저촉법에 따라 지정된 외국법을 적용한 결과가 독일 기본법이 정한 당사자의 기본권을 침해할 수는 없다고 선언하였고, 그 결과 저촉법규범도 기본권에 의한 통제 하에 놓이게 되었다.

64) 이호정, 222면.



따라서 법제 제30조⁶⁵⁾의 공서를 국제적으로 통용되는 공서로 보는 것은 옳지 않으나, 그것을 민법(제103조) 등 실질법상의 공서와 동일시하는 것도 옳지 않으므로 이를 민법상의 공서와 구별하기 위하여 ‘국제적 공서’라고 부르는 것이다.

공서위반의 정도는 사안의 내국관련성과의 관계에서 상대적으로 이해해야 한다.⁶⁶⁾ 즉 내국관련성이 크면 외국법 적용의 결과가 우리나라의 선량한 풍속 및 사회질서 위반의 정도가 약하더라도 공서위반이 될 수 있으나, 반대로 내국관련성이 작으면 외국법 적용의 결과가 선량한 풍속 및 사회질서 위반의 정도가 큰 경우에만 공서위반이 될 수 있다.⁶⁷⁾ 또한 준거법에도 불구하고 현재의 근본적인 가치관념과 정의관념이 관철되기 위하여는 사안이 현재관련성(Gegenwartsberührung)을 가져야 한다.⁶⁸⁾ 따라서 현재 우리나라의 근본적인 가치관념과 정의관념에 미달하는 저질의 외국법이 적용될 사안이 현재로부터 먼 과거 시점의 것일수록 공서의 개입 여지는 더 작아진다.⁶⁹⁾ 여기에서 사안이라 함은 당사자를 포함하는 넓은 개념이다.

요컨대 공서위반을 근거로 준거법으로 지정된 외국법의 적용을 배제하려면, 외국법을 적용한 결과가 ① 한국의 법원칙에 반하고, ② 그 법원칙이 본질적인 것, 즉 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념에 속하는 것이어야 하며, ③ 그 상위가 중대하여 우리가 수인할 수 있는 범위를 넘는 것이어야 하는데,

⁶⁵⁾ 이 점은涉外사법 제5조와 국제사법 제10조도 같다.

⁶⁶⁾ 이호정, 220면; 신창선(註 31), 177면; Kegel/Schurig(註 11), S. 527; Kropholler(註 28), S. 246.

⁶⁷⁾ 대상판결은 승인공서의 맥락에서 “외국판결의 승인이 한국의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념과 사회질서에 미치는 영향을 외국판결이 다룬 사안과 한국과의 관련성의 정도에 비추어 판단하여야 한다”고 하여 ‘사안의 내국관련성’을 도입하였다(밑줄은 필자가 추가함).

⁶⁸⁾ Erik Jayme, *Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht* (1988), S. 34; Kegel/Schurig(註 11), S. 528.

⁶⁹⁾ 이호정, 220면; Kegel/Schurig(註 11), S. 537.

이러한 요건의 구비 여부는 내국관련성 및 현재관련성과의 관계에서 상대적으로 판단하여야 한다.

(3) 기준시점

외국법을 적용한 결과가 우리나라의 공서위반이 되는지를 판단하는 기준시점은 판결 시이다.⁷⁰⁾ 이는 우리 사법질서의 불가침적 핵심은 시대에 따라 가변적이기 때문인데, 그런 의미에서 공서는 현재의 공서를 의미한다.⁷¹⁾ 즉, 저촉규범으로서는 의용 법령이 적용되지만 공서는 현재의 공서라는 것이 되나, 위에서 본 사안의 현재 관련성을 고려하여야 한다.

(4) 공서에 의한 외국법 배제의 효과

법제(제30조)⁷²⁾는 외국법의 적용이 우리나라의 공서에 명백히 반하는 경우 외국법을 적용하지 않는다는 점만을 명시한다. 그러나 공서위반의 경우 반대되는 우리법이 적용된다고 해석한다. 예컨대 이혼을 금지하는 필리핀법은 이를 허용하는 우리법에 의하여 대체된다. 반면에 우리 법상 그러한 공백을 보충할 규정이 없는 경우는 규정의 흠결이 있게 되는데 이 경우 가능한 한 외국법에 최소한으로 간섭하는 것 (*minimum d'atteinte portée à loi étrangère*)이 타당하다.⁷³⁾ 예컨대 외국법이 소멸시효를 인정하지 않는 경우 우리 법에 의하여 소멸시효를 인정하고 나아가 그 기간, 정지와 중단 등의 문제를 해결해야 하는데, 이때 적응(*adaptation*, 조정이라고도 한다)의 문제가 발생한다.

(5) 대상판결에 대한 평가

대상판결은 법인격의 동일성을 판단하는 속인법을 일본법이라고 보고, 다만 그에 따르면 일본 국내법인 회사경리응급조치법과 기업재건정비법 등이 적용되어 결국 구 미쓰비시와 피고의 동일성이 부정되어 구 미쓰비시의 원고등에 대한 채무가 면탈되는 결과가 되는데, 이는 당시 우리나라에서 적용되던 법령이 정한 바에 따른 공서에 반하므로 한국법을 적용해야 하고, 한국법에 따르면 양자는 동일한 법인이

70) 이호정, 220면; Kegel/Schurig(註 11), S. 537; Jayme(註 68), S. 33.

71) 이호정, 221면; Kegel/Schurig(註 11), S. 537.

72) 이 점은涉外사법 제5조와 국제사법 제10조도 같다.

73) 이호정, 223면; Kegel/Schurig(註 11), S. 539; Jayme(註 68), S. 35.

라는 것이다. 즉 대상판결은 준거법을 판단하고 준거법공서를 실시하였다. 유념할 것은, 실질법인 우리 회사법상 일본법을 적용한 일본판결의 결론과 다른 결론이 도출되어야 비로소 준거법공서위반이 될 수 있다는 점이다.

사실관계를 정확히 알지 못하는 필자로서는 우리 법에 따를 경우 구 미쓰비시와 피고의 법인격의 동일성이 있는지를 판단하기 어려우나, 원심판결이 열거한 사실관계에 의하면 대상판결의 결론은 일응 설득력이 있는 것으로 보인다.⁷⁴⁾ 이 사건이 오래 전의 일임에도 불구하고 사안의 중대성과, 원고등이 현재까지도 고통을 받고 있고 피고회사가 현재도 존속하는 점을 고려하면 장기간의 경과에 따른 현재관련성의 취약성을 극복할 수 있다고 본다.

한 가지 의문은, 대상판결처럼 구 미쓰비시와 피고가 동일한 법인격을 가진다고 판단하기보다는, 별개의 법인격을 인정하면서 그럼에도 불구하고 구 미쓰비시의 원고등에 대한 채무가 면탈되는 결과는 준거법공서에 반하므로 피고가 원고등에 대한 구 미쓰비시의 채무를 승계하였다는 식으로 일본법질서에 최소한의 간섭을 할 여지를 고려할 필요가 있었다는 점이다.⁷⁵⁾ 그것이 준거법공서의 취지에도 부합한다. 물론 이를 위하여는 구 미쓰비시의 전환과정에서 원고등을 포함한 채권자들의 보호조치를 취하였는지도 검토할 필요가 있다.

공서에 의한 외국법 배제의 효과와 관련하여, 이 사건에서 공서위반 여부 판단의 기준시기는 재판 시이므로 일본법을 적용한 결과가 우리나라의 공서에 반하는지는 그때의 공서개념에 따른다. 그러나 공서에 의해 일본법의 적용이 배제된 결과 구 미쓰비시와 피고의 법인격이 동일하다거나(법인격의 동일성을 부정한 것이 공서위반이라고 볼 경우), 법인격이 다르지만 원고등에 대한 채무를 승계하였다고(법인격의 동일성을 부정하면서 채무의 승계만 인정하는 경우) 보아야 한다. 이에 대하여는 구 미쓰비시와 피고의 해산과 설립 등이 있었던 1950년 당시 우리 회사법을

74) 실질법상의 판단에 관하여 한마디 하자면, 구 미쓰비시와 피고가 동일한 법인격을 가진다는 대상판결의 결론은 기존 대법원판결과 국내의 선례 등에 비추어 합리적인 것 이어야 한다는 점이다. 즉 대상판결의 결론이 우리 사회에서 통용되는 보편적 법리여야지 對일본관계에서만 적용되는 특수한 법리여서는 곤란하다는 것이다. 이 점은 2012. 11. 14. 개최된 한국국제사법학회와 ILA 한국지부의 공동학술대회에서 지적한 바 있다.

75) 이는 마치 신의성실의 원칙에 기초한 법인격부인론에서 법인격을 일반적으로 부정하는 것은 아니고, 문제된 특정사안에 한하여 사원과 회사의 법적 독립성을 부정하는 것과 유사하다. 물론 법인격부인론은 일반적으로 공서로 설명하지는 않는다. 참고로 채무의 승계 여부는 그 채무의 준거법에 따라 판단할 사항이다.

적용해야 할 것이나 이는 공서위반 여부의 판단 기준시기인 재판 시의 공서에 의해 수정된 것이어야 한다.⁷⁶⁾ 즉, 공서에 의해 일본 회사법의 적용을 배제하는 경우, 공서에 의한 수정 없이 1950년 당시 우리 회사법을 액면 그대로 적용할 것은 아니다. 물론 재판 시의 공서가 새로운 가치를 도입한 것이 아니라 1950년 당시 우리 회사법에 내재해 있었다면 어느 경로로 가든지 결론은 같을 것이다.

VI. 원고등의 권리의 소멸시효의 완성(또는 제척기간의 경과)에 의한 소멸 여부의 준거법

1. 문제의 소재

이 사건에서 원고등이 주장하는 불법행위는 1940년대에 있었던 행위이므로 원고등이 손해배상채권과 임금채권을 취득하였더라도 소멸시효의 완성(또는 제척기간의 경과)으로 인하여 소멸하였다는 주장이 가능하다. 실제로 피고는 그러한 항변을 하였고 일본 판결은 이를 받아들였다.

2. 원심판결의 판단

원심판결은 한국법이 준거법이라는 전제 아래 소멸시효 제도의 적용 여부에 대하여 판단하면서 소멸시효가 적용된다고 보았다. 한국법이 준거법이라는 결론은 불법행위채권에 관하여는 타당하지만 임금채권에 관한 한 근거가 없다.

3. 대상판결의 판단

가. 소멸시효의 준거법

원고등의 손해배상채권과 임금채권을 나누어 본다.

대상판결은, 제정 민법이 시행된 1960. 1. 1. 이전에 발생한 사건이 불법행위에 해당하는지 여부와 그 손해배상청구권이 시효로 소멸하였는지 여부의 판단에 적용될 한국법은 제정 민법 부칙 제2조 본문에 따라 ‘현행 민법’이라고 판시하였다.

⁷⁶⁾ 대상판결은 “일본법의 적용을 배제하고 당시의 대한민국 법률을 적용하여 보면”이라고 하여 당시의 법을 적용하였으나 전후의 설시를 보면 공서에 의한 결론의 수정을 포함한 것으로 생각된다.

한편 대상판결은 임금채권의 소멸시효의 준거법을 명시하지는 않았으나 법례 제7조를 근거로 임금채권의 준거법은 일본법이라고 판시하였으므로 그 지급청구권이 시효로 소멸하였는지 여부에 대하여도 일본법을 적용할 것이다.

여기에서는 준거법을 중심으로 논의한다.

나. 공서위반 여부

원고등의 손해배상채권과 임금채권을 나누어 본다.

대상판결은 손해배상채권의 준거법은 한국법이라고 판단하였으므로 공서위반의 문제는 제기되지 않는다. 소멸시효에 관한 민법상 쟁점은 ① 원고등의 채권의 소멸시효의 기산점과 ② 피고의 소멸시효 완성의 항변이 신의칙에 위반되는가 등인데,⁷⁷⁾ 대상판결은 한국법상 피고가 소멸시효의 완성을 주장하여 원고등에 대한 손해배상채무 또는 임금지급채무의 이행을 거절하는 것은 현저히 부당하여 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판시하였다.

반면에 대상판결은 임금채권의 준거법은 일본법이라고 판단하였으므로 일본법을 적용함으로써 임금채권이 소멸하였다고 보는 것이 준거법공서위반이 되는가를 검토할 필요가 있었다. 그런데 흥미롭게도 대상판결은 이 점에 관하여 일본법을 적용하는 것이 공서위반이 된다고 판단하지 않고, 우리 법상 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판시하고 나아가 이러한 법리는 일본민법상으로도 그대로 타당하다고 판시하였다.

4. 대상판결에 대한 평가

가. 소멸시효의 준거법

대상판결이, 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효에 관하여 불법행위 채권의 준거법인 한국법을 적용한 것은 타당하다. 다만 그 한국법이 현행 민법이라고 본 것은 위 시제법에서 지적한 것처럼 의문이다.

한편 임금채권이 시효로 소멸하였는지 여부에 대하여도 채권의 준거법인 일본법을 적용하는 것이 옳다.

⁷⁷⁾ 그 밖에 원고등의 채권은 반인도적인 행위로 인한 것으로서 소멸시효의 대상인가라는 쟁점도 있으나 대상판결은 이 점을 다루지 않았다.

나. 공서위반 여부

손해배상채권의 준거법은 한국법이므로 이에 관하여는 공서위반의 문제는 없다. 이 경우 한국법에 따른 소멸시효의 법리를 검토해야 함은 물론이다.

임금채권과 관련하여 대상판결이 소멸시효의 항변을 인정하는 것이 일본 민법상으로도 권리남용이 된다고 판시한 것은 의문이다. 우리 법원이 공서를 원용하지 않는 한 일본법의 해석에 관한 일본 최고재판소의 결론을 받아들이는 것이 원칙이기 때문이다.

다만 임금채권이 시효로 소멸하였는지 여부에 대하여 일본법을 적용한 결과가 공서위반이 되는가에 관하여는 더 검토할 필요가 있다.

소멸시효제도라는 것은 일정한 사실상태가 일정한 기간 계속된 경우에 진정한 권리관계와 일치하는지의 여부를 묻지 않고 그 사실상태를 존중하여 권리의 소멸(또는 권리의 소멸을 주장할 수 있는 권리의 발생)이라는 법률효과를 발생시키는 제도이므로⁷⁸⁾ 이는 우리 법의 본질적인 법원칙에 속한다. 소멸시효기간의 장단 자체는 우리 법의 본질적인 법원칙에 속하지 않지만,⁷⁹⁾ 어떤 권리가 소멸시효의 대상인가에 관한 원칙은 사안에 따라 우리 법의 본질적 법원칙에 속할 수 있다. 나아가 신의칙과 권리남용 금지의 원칙이 우리나라의 정의와 도덕에 관한 근본적인 원칙에 해당되는 점은 별 의문이 없다. 물론 신의칙 위반이 항상 준거법공서위반이 되는 것은 아니고

78) 지원립, **민법강의**, 제9판(2011), [2-395]. 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다32053 판결 등은 시효제도의 존재이유는 영속된 사실상태를 존중하고 권리 위에 잠자는 자를 보호하지 않는다는 데에 있고 특히 소멸시효에 있어서는 후자의 의미가 강하다고 판시하였다. 헌법재판소 2008. 11. 27. 2004헌바54 결정은 소멸시효제도는 권리자가 그의 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 일정한 기간 동안 그 권리를 행사하지 않는 상태, 즉 권리불행사의 상태가 계속된 경우에 법적 안정성을 위하여 그 자의 권리를 소멸시켜 버리는 제도라고 하고, 그의 존재이유를 첫째, 계속되어 온 사실상태를 진정한 권리관계로 인정함으로써 과거사실의 증명의 곤란으로부터 채무자를 구제하고 분쟁의 적절한 해결을 도모하기 위한 것이며, 둘째, 오랜 기간 동안 자기의 권리를 주장하지 아니한 자는 법률의 보호를 받을 만한 가치가 없으며 시효제도로 인한 희생도 감수할 수밖에 없지만, 반대로 장기간에 걸쳐 권리행사를 받지 아니한 채무자의 신뢰는 보호할 필요가 있다는 데서 구하였다.

79) 대법원 1995. 2. 14. 선고 93다53054 판결은, 중재판정의 준거법인 네덜란드령 안틸레스 법상 소멸시효기간이 우리 민법상의 그것보다 길기 때문에 공서에 반한다는 주장에 대해 “... (공서위반 여부는) 제한적으로 해석하여야 하며, 외국중재판정에 적용된 외국법이 우리 실정법상 강행법규에 위반된다고 하여 바로 승인거부사유가 되는 것은 아니고, 해당 중재판정을 인정할 경우 그 구체적 결과가 우리 공서에 반할 때에 한하여 승인을 거부할 수 있다”고 판시하면서 위 주장을 배척하였다.

그 위반이 중대하여 우리가 受忍할 수 있는 범위를 넘는 경우에만 준거법공서위반이 된다. 이 사건에서 소멸시효의 기산점 나아가 피고의 소멸시효 항변의 인용 여부에 따라 결론이 좌우되는데, 실질법인 우리 민법상 일본판결의 결론과 다른 결론이 도출되고 그 차이가 중대하여 우리가 受忍할 수 있는 범위를 넘는 경우도 있을 수 있다. 대상판결이 이 점을 보다 명확히 실시하지 않은 점은 아쉽다.

대상판결이 공서, 특히 실체적 공서의 위반 여부를 판단하면서 헌법적 가치를 도입한 것은 커다란 의의가 있다. 물론 이 사건에서는 승인공서의 맥락에서 판단한 것이지만 동일한 법리가 준거법공서에도 타당하다. 헌법은 우리의 근본규범으로서 우리나라의 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념을 반영하는 것이기 때문이다. 우리나라에서는 종래 소홀히 취급되었으나, 앞으로 승인공서는 물론 준거법공서를 판단함에 있어서 헌법적 가치에 관심을 기울일 필요가 있다.⁸⁰⁾ 다만 우리 헌법의 원칙에 반하는 외국법의 적용이 당연히 국제사법상으로도 준거법공서위반이 되는 것은 아닐 것이므로 우리 법질서가 지키고자 하는 가치가 무엇 인지를 성찰하여 그 경계를 확정하기 위한 노력을 해야 한다.⁸¹⁾

나아가 이 사건은 일제강점기에 발생한 사건이고, 소멸시효의 기산점과 관련한 장애사유의 해석과 소멸시효에 기한 항변이 권리남용이 된다는 법리는 우리나라에서도 비교적 근자에 원고등에게 유리하게 발전된 것이라는 점을 고려할 때, 사안의 현재관련성이 취약하다는 점에서 준거법공서위반을 인정하기는 어렵다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이, 우리 사법질서의 불가침적 핵심은 가변적이고, 외국법의 적용이 준거법공서위반이 되는지를 판단하는 기준시점은 판결 시이므로, 비록 원고등이 오래 전에 우리나라에서 제소하였더라면 법원이 일본법을 적용한 결과가 준거법공서위반이 되지 않는다고 판결하였을 것이라고 하더라도 근자에 소가 제기된 이상 그렇게 볼 수는 없다.

80) 장준혁(註 24), 178면은, “대상판결은 실체준거법인 일본법의 내용을 확인함에 있어 일본 헌법과 일본법의 일부로서의 강행적 국제법(*ius cogens*)의 적용을 검토한 흔적이 전혀 없는데 이는 준거외국법의 조사작업을 끝까지 완수한 것이라 하기 어렵다”는 취지로 비판한다. 이는 우리 헌법적 가치만이 아니라 일본 헌법적 가치도 고려하라는 것이나 일본 법원이 헌법 위반을 문제 삼지 않은 사건에서 우리 법원이 일본의 헌법적 가치를 고려하여 위헌이라고 판단하는 것은 실제로는 기대하기 어렵다.

81) 예컨대 신창선(註 30), 180면이 지적하듯이, 외국법이 혼인에 의하여 처가 남편의 성을 따르도록 규정함으로써 우리 헌법이 정한 양성평등의 원칙에 반하더라도 그것이 국제사법상 당연히 준거법공서위반이 되는 것은 아니다. 이와 달리 기본권침해는 원칙적으로 공서위반, 그것도 명백한 공서위반이 된다는 견해도 주장될 수 있다.

VII. 관련문제

여기에서는 저촉법상의 시제법 논의(위 II.1.라.)에서 언급한 2개 논점을 다룬다.

1. 대상판결은 한일병합조약이 유효하다고 본 것인가

여기에서는 한일병합조약의 유효성을 국제법의 관점에서 검토하는 것이 아니라, 대상판결이 일제강점기에 조선총독부령이 의용한 일본 법례를 적용한 것이 한일병합조약이 유효하다고 본 것인가라는 논점에 한정하여 검토한다.

논자에 따라서는 대법원이 일제강점기 의용 법례를 언급한 것을 이유로 대법원은 한일병합조약이 유효하고 총독부령에 의한 일본 법례의 의용은 적법하다고 판단한 것으로 볼 지 모르겠으나 대법원은 한일병합조약이 무효라고 본 것이다.⁸²⁾ 대상판결이 “일제강점기 일본의 한반도 지배는 규범적인 관점에서 불법적인 강점(強占)에 지나지 않고, 일본의 불법적인 지배로 인한 법률관계 중 한국의 헌법정신과 양립할 수 없는 것은 그 효력이 배제된다”고 판시함으로써 규범적 불법강점론을 취한 것으로부터 이를 알 수 있다.

또한 대법원이 의용 법례를 적용한 것은, 일제강점기에 사실상 우리나라에서 통용되었던 법이고, 더욱이 우리가 광복 후 스스로 법례를 적용한 사실을 고려한 때문이라고 본다. 바꾸어 말하자면, 일제강점기 한국인들 간의 혼인, 매매 등 계약과 그에 따른 물권변동 등의 효력을 모두 부정함으로써 일제강점기를 법적 공백상태로 만들 수는 없으므로, 개인들의 일상적인 삶에 관한 한 일제강점기에 통용되던 법에 사실상의 규범력을 인정하되, 한국의 헌법정신과 양립할 수 있을 것이라는 한계하에 효력을 유지하도록 한 것이다. 이는 우리 국회가 제헌헌법 부칙 제100조에 의하여, 헌법에 저촉되지 아니하는 한 “현행법령”으로서 한국 법질서에 편입된 일본 법률을 적용하도록 하는 사고방식을 당시 존속중이던 법률관계에 대입한 것으로 보인다. 대법원이 이런 취지로 판시한 것은 처음으로 보이는데, 예컨대 일부 공법적인 법률관계의 효력은 헌법정신과 양립할 수 없는 것으로서 부정될 수 있을 것

82) 장완익, “일본통치기의 강제징용사건의 준거법 결정 토론편”, 대한변호사협회·한국국제사법학회·세계국제법협회 한국지부 공동심포지움: 일제강제징용배상판결의 국제관계법상의 의의 자료집(2012. 11. 14.), 183면; 이동진(註 35), 10면도 동지. 장준혁, “일본통치기의 강제징용사건의 준거법 결정”, 한국국제사법학회와 ILA 한국지부의 공동학술대회 발표자료(2012. 11. 14.), 6면은 전자를 택하였으나 학회지에 게재된 논문인 장준혁(註 24)에서는 이를 철회한 것으로 보인다.

이나, 그의 정확한 의의와 그 외연은 더 검토해야 할 것이다.⁸³⁾

2. 대상판결은 일제강점기 한국과 일본을 법이 분열된 단일국가로 본 것 인가

일본판결은 원고등이 주장한 불법행위 당시의 원고등을 일본인으로, 한반도를 일본 영토의 구성부분으로 봄으로써, 외국적 요소를 고려한 국제사법적 관점에서 원고등의 청구에 적용될 준거법을 결정하는 과정을 거치지 않고 처음부터 일본법을 적용하였다. 즉 이는 일제강점기 한국과 일본을 단일국가로 본 것이다.

논자에 따라서는 대상판결이, 한국과 일본이 일제강점기 동안 단일국가를 구성하였고 국내적 법분열(Rechtsspaltung)⁸⁴⁾이 있었다는 입장을 취한 것으로 이해할 여지도 있다.⁸⁵⁾ 그러나 이에 동의하기는 어렵다. 왜냐하면 대상판결이 규범적 불법강점론을 취하여 일본판결과 달리 준거규범을 판단하였기 때문이다. 즉 우리의 시각에서는 규범적으로 단일국가를 인정할 수 없는데, 그러면서도 대법원이 일제강점기의 의용 법례나 의용 민법을 적용하는 것은, 위(1.)에서 보았듯이 사실상의 통용에 근거한 것이며, 거기에는 그 법률관계가 한국의 헌법정신과 양립할 수 있어야 한다는 명백한 한계가 있다. 만일 일제강점기에 한국과 일본이 단일국가였다고 본다면, 가사 법분열을 인정하더라도 우리 헌법상의 한계를 도입하기는 어렵다.

이 사건에서 일본판결은 불법행위의 준거법을 일본법이라고 보았고, 저촉규범과 실질규범의 측면에서 당시 한국에서도 일본 법례와 일본 민법이 의용되었기 때문에 법분열의 존재를 인정하지 않았고, 따라서 아래에서 언급하는 공통법도 적용하지 않았던 것으로 짐작된다.⁸⁶⁾ 이처럼 필자는 일제강점기 한국과 일본이 단일국가였음을 부정하므로, 단일국가의 존재를 전제로 하는 법분열의 문제는 제기되지 않는다.

⁸³⁾ 이동진(註 35), 10면은, “사법(私法) 관계는 실효적인 이상 일응 유효하고, 공법(公法) 관계, 특히 권력적 공법관계에 관한 입법은 무효라는 해결을 생각할 수 있으나, 사법관계와 공법관계를 구분하기가 용이하지 아니하고, 우리 법원이 우리 영토 위에서 우리 국민에 대하여 행해진 과거의 법률관계를 판단함에 있어 현실주의적 접근을 취하는 것이 적절한지 따져볼 필요가 있을 뿐 아니라, 무엇보다 일제강점기의 공법관계 중에도 대단히 많은 부분이 그 후 “현행법령”으로 우리 법질서에 수용되었다는 점을 설명하는데 한계가 있다고 지적한다.

⁸⁴⁾ 이는 일본이 당시 지역적으로 법을 달리하는 국가, 즉 ‘불통일법국’이라는 것을 말한다.

⁸⁵⁾ 장준혁(註 24), 166면 참조.

⁸⁶⁾ 필자가 일본판결의 전문을 확인하지 못하였으나 일본판결이 공통법을 언급하지 않은 것으로 이해한다.

참고로 일본은 일제강점기에 소위 ‘지역’, 즉 내지(일본), 조선, 대만 또는 관동주의 법, 즉 國內地方特別私法이 상이한 데서 발생하는 법의 저촉문제 등을 해결하기 위하여 1918년 ‘공통법’이라는 특별법을 제정하였다. 이는 준국제사법을 정하고(제2조), 당시 지역 간에 있어서 국제민사소송법에 준하는 규정(제9조)과 형사절차에 관한 규정(제13조, 제14조)도 두었다.⁸⁷⁾ 공통법은 공식적으로 폐지된 것은 아니나 일본이 외지를 상실함에 따라 사실상 실효한 것으로 보인다. 일본은 1898년 법례를 제정하고, 1904년 헤이그국제사법회의에 가입함으로써 일본이 국제사법의 중요성을 인식하고 있었음을 세계에 과시하였는데, 공통법을 제정한 사실로부터 일본의 국제사법학이 당시 상당한 수준에 있었음을 엿볼 수 있다.⁸⁸⁾

VIII. 맺음말

대상판결은 불행한 시대를 살아온 원고등에게 법원이 뒤늦게나마 法的 伸冤을 가능케 한 기념비적인 판결이다.⁸⁹⁾ 대상판결은 규범적 불법강점론을 취하면서 일본의 불법적인 지배로 인한 법률관계 중 한국의 헌법정신과 양립할 수 없는 것은 그 효력이 배제된다고 선언한 점에서 커다란 의미가 있다. 그 과정에서 한일병합조약의 효력이 무효임을 명확히 선언하고, 일본의 불법적인 지배로 인한 법률관계 중 한국의 헌법정신과 양립할 수 없는 것은 그 효력이 배제된다는 부분의 취지를 더욱 명확히 판시했다라면 하는 아쉬움이 있다.

준거법에 관한 한 대상판결의 큰 의의는, 승인공서의 맥락에서 헌법의 핵심적 가치를 동원함으로써 앞으로 준거법공서의 맥락에서도 동일한 접근방법을 취할 것을 시사하고, 구 미쓰비시와 피고가 동일한 법인인가를 판단하면서 준거법공서 위반을 이유로 일본법의 적용을 배척한 데 있다. 시제법과 준거법 논점에 관한 대상판결의 판단을 정리하면 아래와 같다.

87) 조문의 국문번역은 국사편찬위원회 한국사데이터베이스 <http://db.history.go.kr> 참조.

88) 일본에서 공통법의 필요성은 1910년 한국을 병합함으로써 인식되었다고 한다. 實方正雄, 共通法(日本評論社, 1938), 12면. 필자에게 공통법 관련 자료를 찾아준 이종혁 서울대학교 법학전문대학원생에게 감사한다.

89) 이 점은 2012. 11. 14. 개최된 한국국제사법학회와 ILA 한국지부의 공동학술대회에서 지적한 바 있다.

1. 시제법

대상판결은 이 사건에 적용되는 저촉규범은 법례이고 실질규범은 현행 민법이라고 판단하였는데, 전자는 타당하나 후자는 의문이다. 대상판결은 민법 부칙 제2조를 근거로 현행 민법을 적용하였으나, 불법행위가 성립하였는가는 이미 구법에 의하여 생긴 효력의 문제이므로 부칙 제2조 단서에 따라 일제강점기 법에 의하여 판단할 사항이다. 만일 원고등의 채권이 구 민법 하에서 이미 시효로 소멸하였다면 그에 대하여 현행 민법이 적용될 이유는 없다.

2. 불법행위로 인한 원고등의 손해배상채권의 준거법

대상판결은 피고의 불법행위로 인한 원고등의 손해배상채권의 준거법은 한국법이라고 판단하였는데 이는 타당하다. 대상판결은 승인공서위반을 판단함에 있어서 헌법적 가치를 고려한 결과 앞으로 법원이 준거법공서의 맥락에서도 동일한 접근 방법을 취할 것으로 기대된다. 다만 대상판결은 “일본의 불법적인 지배로 인한 법률관계 중 한국의 헌법정신과 양립할 수 없는 것은 그 효력이 배제된다”고 판시하였는데 이 부분의 취지와 그 외연은 앞으로 더욱 분명히 할 필요가 있다. 대상판결이 불법행위의 준거법이 한국법이라고 보았으므로 준거법공서가 문제되지 않는 것처럼 보이나, 일제강점기 한국에서 통용되던 국민징용령의 적용을 배척하고 피고의 강제연행 등의 행위가 위법하다는 평가를 하는 근거로서 헌법적 가치 내지 준거법공서가 의미를 가진다.⁹⁰⁾

3. 원고등의 피고에 대한 임금채권의 준거법

대상판결은 원고등의 임금채권의 준거법은 일본법이라고 판단하였는데 이는 타당하다.

4. 피고와 구 미쓰비시의 법인격의 동일성의 준거법

대상판결은 법인격의 동일성의 준거법은 의용 법례와 구 섭외사법에 따라 일본법이 되어야 할 것이나 법례 제30조가 정한 공서에 의하여 그 적용을 배척하고 한국법을 적용하였는데 이는 다소 논란의 여지가 있다.⁹¹⁾ 준거법공서위반 여부의

⁹⁰⁾ 아니면 일본국의 불법행위에 가담한 피고에 대한 손해배상청구에서 ‘점령국법 적용의 부당성’을 근거로 국민징용령의 적용을 배척할 여지도 있음은 위에서 지적하였다.

판단기준에 관하여 보다 정교하게 실시할 필요가 있고,⁹¹⁾ 양자를 별개의 법인이라고 보면서도 준거법공서위반을 이유로 피고가 구 미쓰비시의 채무를 승계하였다는 식으로 일본법질서에 최소한의 간섭을 하는 방안을 고려할 필요도 있었다고 본다.

5. 원고등의 채권의 소멸시효의 완성(또는 제척기간의 경과) 여부와 항변의 준거법

대상판결은 이에 대해 불법행위채권과 임금채권의 준거법을 각각 적용하였는데 이는 타당하다. 다만 대상판결이, 별도의 근거를 실시하지 아니하고, 임금채권의 준거법에 관하여 피고의 소멸시효(또는 제척기간)의 항변을 인정하는 것이 일본 민법상으로도 권리남용이라고 판시한 것은 의문이다. 대상판결로서는 소멸시효(또는 제척기간)의 항변에 대하여 일본법을 적용하는 것이 준거법공서위반이라는 식으로 실시했어야 한다.

마지막으로 대상판결처럼 법적으로나 역사적으로 커다란 의의와 영향력을 가지는 사건은 대법원 전원합의체에서 다루는 것이 적절하지 않았을까라는 생각이 든다. 전원합의체에서 만장일치로 대상판결과 동일한 결론을 내리기는 어려웠을지도 모르지만.

투고일 2013. 8. 9

심사완료일 2013. 8. 24

게재확정일 2013. 8. 30

91) 이에 대하여는 우리 회사법에 따른 분석이 전제가 된다.

92) 장준혁(註 24), 202면은 공서조항을 원용하려면, 준거외국법을 사안에 적용하는 결과 법정지의 私法秩序의 어떤 핵심적 부분이 어떻게 침해되는지에 초점을 맞추어 실시했어야 한다고 비판한다.

참고문헌

- 김연·박정기·김인유, **국제사법**, 제3판(법문사, 2012).
- 김용한·조명래, **국제사법**, 전정판(정일출판사, 1992).
- 김원태, “日帝强占初期 妻의 特有財産에 관한 慣習法 — 조선고등법원판결의 분석을 중심으로 —”, **法史學研究**, 31호(2005).
- 김진, **신국제사법**(법문사, 1962).
- _____, **국제사법**(법문사, 1960).
- 박배근, “대일전후보상소송과 국제인도법”, **동북아역사논총**, 제25호(2009. 9).
- 석광현, **국제사법 해설**(박영사, 2013).
- _____, **국제민사소송법: 국제사법(절차편)**(박영사, 2012).
- _____, **국제사법과 국제소송**, 제5권(박영사, 2012).
- _____, **국제사법과 국제소송**, 제1권(박영사, 2001).
- _____, **2001년 개정 국제사법 해설**, 제2판(도서출판 지산, 2003).
- 신창선, **국제사법**, 제8판(fides, 2012).
- 신창섭, **국제사법**, 제2판(세창출판사, 2012).
- 윤종진, **개정 현대 국제사법**(한울출판사, 2003).
- 이병화, “전후 국가배상책임에 관한 국제사법적 고찰”, **비교사법**, 제17권 제2호(통권 제49호)(2010. 6).
- 이영준, **한국민법론[총칙편]**(박영사, 2003).
- 이호정, **국제사법**(경문사, 1983).
- 장준혁, “일본통치기의 강제징용사건의 준거법”, **국제사법연구**, 제19권 제1호(2012. 6).
- 지원림, **민법강의**, 제9판(2011).
- 황산덕, **국제사법**(조문사, 1959).
- Anderson, Kent, “To What Extent Do U.S. Conflict and Procedural Rules Obstruct Private Liability for Wartime Human Rights Violations”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. III (The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2001).
- Geimer, Reinhold, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland* (München: C. H. Beck, 1995).
- von Hein, Jan, *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktrecht* (Tübingen:

- Mohr Siebeck, 1999).
- von Hein, Jan, “The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II: Questions of private International Law from a German Perspective”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. III (The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2001).
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage (München: C. H. Beck, 2004).
- Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006).
- Oberhammer, Paul/Reinisch, August, “Zwangsarbeiter vor deutschen Gerichten”, *IPRax* (Bielefeld: Giesecking, 2001).
- Säcker, Frnaz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrgbs.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 11, 5. Auflage (München: C. H. Beck, 2010).
- 山田鐸一, 國際私法, 第3版(東京: 有斐閣, 2004).
- 實方正雄, 共通法(東京: 日本評論社, 1938).

<Abstract>

Compensation of Damage resulting from Forced Labor during Japanese Colonial Era and the Law Applicable to Wages Claim

Suk, Kwang Hyun*

The primary questions of the two cases at hand are whether the Japanese judgments that have dismissed the claims seeking compensation of damage and payment of outstanding wages of the Korean plaintiffs who had been forced to work as slave laborers during the Japanese occupation of the Korean peninsula. The two judgments of the Supreme Court of May 24, 2012 (one against Mitsubishi and the other against Nippon Steel Corporation)(collectively the “Supreme Court Judgments”) refused to recognize the Japanese judgments on the ground that the recognition of the Japanese judgments would be against the *ordre public* of Korea. Based upon this conclusion, we can presume that the Supreme Court will take the same approaches when applying a foreign law to specific issues. It is also noteworthy that the Supreme Court Judgments held that the issue of whether the old Mitsubishi and the Defendant constitute the same legal entity should be governed by Korean law because the conclusion that they are separate legal entities adopted by the Japanese judgments is clearly against the *ordre public* of Korea. In determining whether the claims of the Plaintiffs have been extinguished by prescriptive period, the Supreme Court Judgments applied Korean law to tort claims and Japanese law to wages claims, respectively, which is quite correct. However, the reason for the Supreme Court Judgments that the Defendant's recourse to prescriptive period constitutes abuse of rights under Japanese law is not persuasive, because the Japanese judgments clearly held that it is not the case under Japanese law. Clearly, this is a matter to be determined by the

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

Japanese judgments. The Supreme Court Judgments should have held that such conclusion of the Japanese judgments would be against the *ordre public* of Korea, which is a matter to be determined by the Korean courts.

Keywords: slave labor, governing law, intertemporal law, constitutional value, *ordre public international*, legal personality, abuse of right

